m.

m

Ius civile

I. Rom. mat.

512

Versuche

über den

Quasi-Besitz

Halle
in der Rengerschen Buchhandlung.
1806.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Sind zwar die Rechtsgelehrten so überhaupt in der Lehre vom Quasi-Besitze, als insbesondere über die Fragen: wie selbiger erlangt werde, und ob er an allen und jeden Rechten statt finde? nicht einverstanden, so sind sie doch sämmtlich *) darin einig, daß man in

*) Hommel allein hatte in einem speciellen Falle hiebei einiges Bedenken. Das von seinem Schnei-

Ansehung derjenigen Rechte, deren Besitz respective sie zugeben, in retentione pos-

der und Arzt wider ihn anzustellende possessorium wollte ihm nämlich nicht einleuchten; indessen glaubte er nicht, es widerlegen zu können.

Denn so sagt er in seinen Rhapsodien, Observatio 489.

Quaestio inexplicabilis

Dicat mihi aliquis, et erit mihi magnus Apollo, quare sartor meus, quem nuper abdicavi, aut dimissus famulus, non possit adversus me possessorium summariissimum instituere, ut porro retineam??? quid si medicus ita agat:

ich befinde mich seit 1. 2. 3. und mehreren Jahren im ruhigen Besitz, daß Beklagter, so oft er krank geworden, mich rufen, und sich von mir heilen lassen — bitte, mich, bis in poss. ordin. s. petitor. ein anderes ausgeführt, zu schützen und demselben bei 20 Rthlr. Strafe alle fernere Beeinträchtigung zu untersagen.

sessionis, hinc in possessorio summariissimo vel ordinario, nicht nur gegen den

Sentio actionem non tenere, sed sentio tantum nec si mortem mineris, possum dicere quare? Tu si sapis, rationem decidendi suggere. Sane, quae de rebus merae facultatis disputavi hic non sufficiunt. —

Die Doctores, wenigstens mehrere derselben, werden ihm hierauf antworten:

Das bloße rufen lassen seit mehreren Jahren, so oft du krank geworden bist, macht nichts aus, dies war immer res merae facultatis. Hat dein Arzt sich aber dir gleichsam als aus einem Rechte aufgedrungen, und du hast ihn, dich dabei beruhigend, angenommen, so hat die Klage allerdings statt —

Ich aber antworte ihm:

dein Arzt kann gegen dich, als dominum deiner Person und deiner Handlungen, in possess. summar. vel ordinario hier überall nicht klagen.

tertium non dominum, sondern auch gegen den dominum selbst, oder gegen den, auf dessen Person oder Sachen vom Besitze eines Rechts die Rede ist, geschützt werden könne *)

*) So bestimmt indessen die Rechtslehrer im Quasi-Besitze gegen den dominum schützen, so wenig bringen sie doch diesen so wichtigen Gegenstand lebhaft zur Sprache.

Selbst Savigny im Recht des Besitzes verbreitet sich hierüber nicht ausführlich.

S. 417. sagt er nur: daß das interdictum uti possidetis unter andern auch auf den Fall anzuwenden, wenn sich der fructuarius gegen Eingriffe des Eigenthümers schützen will, oder umgekehrt, und bezieht sich auf S. 221. Hier sagt er „aber auch die mögliche Collision des Eigen„thümers selbst mit dem Fruktuar macht es nicht „nöthig, dem Eigenthümer den Besitz abzusprechen.

Ich glaube, das Letztere verneinen zu dürfen, und werde ich mich mit diesem Ge-

„Beide nämlich haben Interdicte, aber diese Inter-
„dicte verhalten sich wie die reivindicatio zu der
„confessoria actio, d. h. wie die Regel zur Aus-
„nahme, folglich kann auch durch dieses Verhältniß
„keine Collision entstehen, die nicht sehr leicht zu
„entscheiden wäre"

So undeutlich, wenigstens mir, das hier Gesagte zu sein scheint, so viel deutlicher drückt er sich S. 226. in der Note hierüber aus, wenn er die Stelle der Legis 3. §. 7. D. uti possidetis: dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis, sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis, so erklärt: „der Eigenthü-
„mer hat hier allein den Besitz, folglich allein das
„interdictum uti possidetis, und dieses zwar auch

genstande, bei dem großen Einflusse desselben auf die Sicherheit und den ruhigen Genuß

„gegen den superficiarium, welchem aber der Prä„tor eine Exception giebt.“

Hiemit stimme ich völlig überein. Der superficiarius hat gegen den dominum keinen Besitz, und keine possessorischen Rechtsmittel, jedoch stehen ihm exceptiones zu, wenn der dominus gegen ihn klagt. Aber welcher Exceptionen er sich gegen den dominum bedienen könne, darüber bin ich mit Savigny nicht einig.

Ich behaupte nämlich: so wenig der Superficiarius aus dem Besitze eine Klage gegen den dominum hat, eben so wenig hat er auch eine Exception aus den Besitze gegen dem dominum; seine Klage und exceptiones stützen sich vielmehr, nach den deutlichen Worten des angeführten Gesetzes, auf legem locationis, so wie auf sonstige petitorische Gründe.

des Eigenthums, in gegenwärtiger ersten Sammlung hauptsächlich beschäftigen.

v. Savigny nimmt hingegen S. 422. Note 3. im Widerspruche mit dem von ihm selbst Gesagten an: daß der Beklagte in Hinsicht auf den dominum im Besitze der Servitut sein könne, und gewährt ihm als Besitzer gegen das vom domino angestellte interdictum uti possidetis als Exception das interdictum de itinere.

Zwar hat allerdings der Beklagte unter andern auch das interdictum de itinere als Exception gegen das interdictum uti possidetis des domini, aber nicht wegen seines Besitzes der servitutis itineris, sondern wegen seines Rechts der Servitut, wie ich Nr. VI zeigen werde.

Der von Savigny aufgestellte Satz muß eigentlich so lauten: Niemand hat possessorische Rechtsmittel gegen den dominus. Jedoch kann ich, wenn der dominus ex interdicto uti possidetis ge-

gen mich klagt, mich mit einer Exception schützen. Diese Exception muß aber nicht aus dem Besitze hergenommen sein, sondern aus einem Rechte, z. B. ex contractu, oder ex lege locationis, wie das Gesetz sagt, ja selbst ex interdicto de itinere, und andern interdictis, jedoch nicht aus allen Interdicten, sondern nur aus denjenigen, welche sofort in petitorio entscheiden.

Inhalt.

Seite

Nr. I. Vom Quasi-Besitze. 1

Nr. II. Vom Interdicto uti possidetis. 47

Nr. III. Vom possessorio summariissimo vel ordinario gegen den dominum beim jure personarum. 54

Nr. IV. Vom possessorio summariissimo vel ordinario gegen den dominum beim jure ad rem. 75

Nr. V. Vom possessorio summariissimo vel ordinario gegen den dominum beim jure in re, mit Ausnahme der Servituten. 88

Nr. VI. Vom possessorio summariissimo vel ordinario gegen den dominum bei Servituten. 96

Nr. VII. Von der negatorischen Klage. 123

Nr. VIII. Vom Streite der Rechtsgelehrten über die Frage: wer bei der negatorischen Klage beweisen müsse? 138

Nr. I.

Vom Quasi-Besitze.

§. 1.

Besitz körperlicher Dinge.

Das Römische Recht stellte ursprünglich es als Grundsatz auf, daß nur körperliche Dinge besessen werden können.

L. 32. §. 1. D. de servit. praed. urbanorum (8. 2.) natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint.

L. 4. §. 27. D. de usurpationibus et

usucapionibus (41. 3.) quia nec possideri intelligitur jus incorporale.

L. 3. pr. D. de acquirenda vel omittenda possessione (41. 2.) possideri autem possunt, quae sunt corporalia.

Galvanus de usufructu pag. 105. licet servitutes non recipiant possessionem, cum sint incorporales, recipiunt nihilominus usum.

L. 10. D. si servitus vindicetur.

L. 1. §. 23. D. aquae pluviae arcendae: qui — usus — appellatur quasi possessio et quasi consuetudo in laudatis locis —

Hefftər Diss. doctrinae juris romani de possessione. Wittenberg 1803.

§. 25. priusquam animum satis excoluerunt, homines iis tantum rebus inhaerere solent, quas sensibus cognoscunt, alias nondum animo intelligere valent. Ita quoque prisci romani corporalium

tantummodo rerum possessionem statuebant, incorporalium plane nesciebant. Temporis quidem progressu et rerum incorporalium esse possessionem intelligebant, verum, quum eam quodammodo a corporalium rerum possessione discrepare viderent, non possessionem veram, sed quasi possessionem appellandam putabant —

Daher hatte das Inderdictum uti possidetis ursprünglich auch nur bei körperlichen Dingen statt

L. 1. §. 1. D. uti possidetis (43. 17.)

hoc interdictum de soli possessore scriptum est, quem potiorem praetor in soli possessione habebat.

L. 1. §. 7. et 8. ibidem.

§. 2.

Besitz von Rechten.

Die Lehre vom Besitze ward jedoch in der Folge auf Rechte erstreckt, und können also auch Rechte besessen werden.

Ich führe hiefür gegenwärtig nur einige, und zwar nur vom Besitze der Rechte im Allgemeinen redende, Gesetze an, indem mehrere, und von bestimmten einzelnen Rechten handelnde, Gesetze in der Folge vorkommen werden.

In principio Institutionum de interdictis (4. 15.) sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu de actionibus, quae pro his exercentur. Erant autem interdicta formae, atque conceptiones verborum, quibus Praetor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maxime fiebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

L. 10. C. de acquirenda et retinenda possessione (7.32.) nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem: aliam, quae in jure consistit, *) aliam, quae in corpore.

§. 3.

Vom Quasi-Besitzen.

So wie, in weitern Sinne genommen, das eigentliche Besitzen die Thatsache des körperlichen Innehabens oder des körperlichen bei mir Seins körperlicher Dinge ist, so ist dagegen das Quasi-Besitzen die Thatsache des unkörperlichen Innehabens oder des unkörperlichen bei mir Seins von Rechten.

*) Nach Cuperi observationes selectae de natura possessionis, Parte 1. cap. 4. heißen die Worte, quae in jure consistit, so viel als, quae inhaeret in jure, oder, quae versatur circa jus.

§. 4.

Entstehung des Quasi-Besitzens.

So wie bei körperlichen Dingen, um die Thatsache ihres Innehabens möglich zu machen, Handlungen erfordert werden, welche den vorigen Zustand der körperlichen Dinge, als sie noch nicht bei mir waren, *) veränderten; so werden auch bei Rechten, um jene Thatsache möglich zu machen, Handlungen der eben beschriebenen Art erfordert.

Ob aber bloße Handlungen hiebei genügen, oder ob sie eine besondere Qualifikation, und welche, haben müssen, darüber ist man nicht einig.

*) Außer meinem Körper, als welcher von dem Augenblicke meiner Geburt an mir gehört, muß ich alle andere Dinge, es seyen körperliche Sachen oder Rechte, erst erwerben.

Ich nehme hier den Ausdruck „erwerben“ im weitern Sinne, als hinzufügen zu mir und dem meinigen, ohne Rücksicht also, ob ich sie quoad dominium oder quoad possessionem erwerbe.

Einige Rechtslehrer begnügen sich mit bloßen Handlungen z. B. des Jagens und Fischens auf eines andern Gute, sie nennen dies Quasi-Besitz, und schützen dem gehandelt habenden nicht bloß contra tertium, sondern sogar auch contra dominum ipsum in poss. summ. vel ordinario.

Mehrere Rechtslehrer hingegen sehen das Ungereimte hievon ein — und wie wollte man denn auch z. B. den Wild- oder Fischdieb vom quasi possessor unterscheiden? — und erfordern besondere Qualifikationen der Handlungen.

Aber welche Qualifikationen? über diese Frage herrscht große Verschiedenheit unter den Rechtslehrern. Denn

1. einige erfordern neben der Handlung des Jagens den Glauben des Handelnden, daß das Recht zum Jagen ihm zustehe.

Sie stützen sich hiebei auf die L. 25. D. quemadmodum servit. amitt. (8. 6.)

servitute usus non videtur, nisi is, qui suo iure uti se credidit, ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.

Dann aber müßte die Lex, wenn sie gleich im Anfange sagt, suo jure uti se credidit, fortfahren „wenn er aber dies nicht geglaubt hat, „und dies nicht beschwören kann."

Denn anders als durch den Eid könnte doch dieser Glaube nicht bewiesen werden. Sie fährt aber so fort, ideoque si quis pro via publica usus sit. Hierin liegt, daß nicht der Handelnde seinen Glauben, sondern der Gegner einen Umstand beweisen muß, bei dessen Dasein rechtlich vermuthet wird, daß er nicht geglaubt, oder wenn er auch wirklich geglaubt, doch rechtlich nicht glauben dürfen.

Der Glaube muß zwar da seyn, er braucht aber nicht bewiesen zu werden, sondern er wird präsumirt, bis der Andere das Gegentheil gezeigt.

Der Glaube gehört also nicht mit zum Beweise des fundamenti agendi.

Menoch de possessione führt pag. 164. Nr. 14. die Meinung eines Rechtsgelehrten an, welcher dies wirklich verlangt und gewollt hat, daß Jemand seinen Glauben, daß er das Recht habe, beschwören müsse. Darnach würde also das possessorium summariissimum gleich mit einer Eidesleistung anheben.

2. Andre erfordern außer dem Glauben des Handelnden auch den Glauben seines Gegners, daß er ein Recht habe.

Gehörte dies mit zum fundamento agendi, so müßte nach der Meinung des ebengedachten Rechtslehrers beim Menoch auch dem Gegner vor allem der Eid über seinen Glauben zugeschoben werden, und finge das possessorium summariissimum gleich mit zwei Eiden an.

3. Andre erfordern außer dem Glauben des Handelnden patientiam des Gegners, jedoch solam patientiam.

Hier fiele der zweite Eid weg, dafür aber wäre patientia vom Kläger zu beweisen, obwohl Beklagter die Nicht-patientiam darthun muß.

4. Andre den Glauben des Handelnden, und patientiam des Gegners, jedoch nicht solam, sondern neben dieser patientia noch den Glauben des Gegners, oder auch die Rücksicht desselben auf jenes Recht.

Hier müßte also außer dem Glauben des Handelnden, und der patientia des Gegners, resp. auch des Gegners Glauben, und dessen Erklärung, daß er bei seiner patientia Rücksicht auf jenes Recht genommen, bewiesen werden.

5. Andre erfordern keinen Glauben, sondern den äußern Charakter der Handlung, als zufolge eines Rechts geschehen.

6. Andre diesen Charakter und patientiam solam.

Hier wäre der äußere Charakter, und die patientia zu beweisen.

Nettelbladt in Systema element. jurisprudentiae positivae.

§. 519. quasi possessio adest — si vi hujus juris affirmativi, quod nobis competere defendimus, agimus altero patiente.

Ibidem in fine, vel nos — — — — postulamus ab altero, ut certas actiones commissivas edat, isque actu edit eas, sicque indictio facta, cui alter morem gessit.

§. 520. si altero praestationem quandam, tamquam debitam praestationem exigente, contradicimus ei ad immunitatem praetensam provocando, isque in hac contradictione acquiescit.

Ibidem in fine, si, altero non omittente, nos prohibemus ad jus prohibendi provocando, isque in hac prohibitione acquiescit.

7. Andre diesen Charakter und patientiam mit Rücksicht auf jenes Recht.

Hier wäre der äußere Charakter, und

nicht nur des Gegners patientia, sondern auch dessen Rücksicht auf jenes Recht zu beweisen.

Dies behauptet auch *Nettelbladt* l. c. §. 519. non sufficit alterum actiones commissivas edere, sed eas ita edere debet, ut *vi juris nostri* eas edere appareat.

§. 520 non sufficit sola omissio praestationis a nostra parte, sed tum demum in quasi possessione talis juris negativi, sicque immunitatis, sumus, si dici potest, alterum *vi immunitatis* nobis, vel competentis, vel praetensae, praestationem non exigere.

Dabelow im System der heutigen Civil-Rechts-Gelahrtheit §. 965.

> bei unkörperlichen Sachen vertritt die Ausübung des Rechts von der einen Seite, als dazu befugt und berechtigt, und die patientia von der andern Seite, mit Rücksicht darauf, die Stelle der wirklichen, nur körperlichen Dingen eigenen, Detention.

8. Andre erfordern Actus, welche in contradictorio durchgesetzt sind, wobei also der Gegner zwar widersprochen, aber in der Folge sich beruhigt hat. *)

Ich will mich nicht dabei aufhalten, dasjenige vorzutragen, wodurch das Quasi-Besitzen elidirt wird, und was also zum Beweise des Gegners gehört, sondern will mich auf dasjenige beschränken, was bei der Anstellung des poss. summ. vel ord. zum Beweise des Klägers gehört.

Der Kläger muß beweisen

1. daß die Handlung z. B. des Jagens auf eines andern, oder Caji, Felde, als zufolge einer Befugniß dazu, geschehen, und

*) Es ließen sich leicht mehrere Meinungen noch aufstellen, wenn man alle Behauptungen der Rechtslehrer durchgehen wollte; indessen mag es hieran genügen, und bemerke ich nur dies, daß die Praxis zuweilen gar keinen Rechtslehrer befolgt, und manchmal Jemand in der quasi possessio schützt, wenn sogar das Gegentheil von den Erfordernissen erhellet.

2. daß dies dem domino, Cajo, bekannt geworden.

ad 1. Da der bloße Beweis, daß ich gejagt habe, nur der Beweis der Ausübung einer Handlung wäre, hier aber nicht vom Besitze einer Handlung, sondern vom Besitze eines Rechtes die Rede ist; so wird auch der Beweis ihrer Ausübung, als zufolge einer Befugniß geschehen, erfordert.

Hierzu genügen jedoch nicht immer Handlungen des Gemüths, sondern es werden äußere erfordert, und kann dies nur durch eine Erklärung, daß ich es vermöge Befugniß thue, so wie durch andre, die Stelle dieser Erklärung vertretenden, Handlungen bewirkt werden.

ad 2. Da ich aber diese Erklärung für mich allein, oder gegen meine Freunde, vielleicht bei Nachtzeit, oder heimlich bei Tage, mindestens allemal so, daß der dominus es nicht erfährt, machen kann, so ist es — da eine Erklärung, die nicht dem zu Ohren kommt, gegen den sie geschieht, keine oder eine heimliche, nichts be-

wirkende, Erklärung ist — nothwendig, daß der dominus dies erfahre, und gehört dies noch mit zu meinem Beweise.

Wenn ich nun dies bewiesen habe, so kann mein Gegner — nämlich tertius non dominus, Sempronius, nicht aber der dominus, Cajus, als gegen welchen ich keinen Schutz in possessorio summar. vel ordinario verstatte — beweisen, und zwar

1. im eigentlichen Gegenbeweise gegen das Fundamentum agendi, daß ich überall auf Caji Felde nicht gejagt, daß ich keine Erklärung dabei gemacht, daß Cajus es nicht erfahren, so wie, daß es mir an dem wirklichen oder rechtlichen Glauben fehle, oder auch, daß es wegen faktischer Gegenhandlungen des domini oder eines andern zum Besitzen nicht gediehen sey, daß der dominus mündlich, jedoch nicht heimlich für sich, sondern mir zu Ohren kommend, protestirt, und sich also solchergestalt nicht beruhigt habe, daß ich aus Scherz, ohne Absicht, vi, clàm, aut

precario gesagt habe, daß ich an meinem Rechte zweifelhaft sey.

L. 10. C. de acquirenda vel amitt: possess. in fine (7. 32.) super jure possessionis vacillet, ac dubitet,

oder daß ich von ihm selbst den Besitz erlangt habe.

L. 2. §. 9. in fine D. uti poss.

L. 17. D. de precario. (43. 25.)

2. im Beweise seiner Schutzreden, daß er selbst, oder auch Cajus, der dominus, oder ein Dritter, Sempronius, mich des Besitzens entsetzt habe, ich also nicht mehr jetzt im Besitze sey, ferner, daß ich mich hernach des Rechts oder dessen Besitzes entsagt, oder selbigen verkauft habe u. s. w., und endlich, daß er selbst in gleicher Art, oder in besserer Art im Besitze sey. In diesem Falle wird er, obwohl Beklagter, im Besitze geschützt, weil die interdicta retinendae possessionis duplicia sind.

§. 7. in fine 3. de inderdictis .(4.15.)

Wenn nun Sempronius diese Beweise führt, so findet meine Klage in poss. summar. vel ordinario gegen ihn nicht statt, weil das Besitzen, als dasjenige, welches das Fundament meiner Klage enthält, entweder gleich Anfangs nicht da war, oder jetzt nicht mehr da ist —

Indessen darf ein Andrer mich auch selbst in der bloßen Ausübung einer Handlung nicht stören, wenn er gar keine Befugnisse deshalb hat. Wenn ich also gleich aus Scherz, heimlich oder sonst auf Caji Felde jage; so ist deshalb Sempronius, der auch kein Recht hat, nicht befugt, mich zu vertreiben, oder mit Ausschluß meiner, selbst unerlaubt zu jagen, ich kann vielmehr allerdings gegen ihn klagen, aber nicht wegen meines Besitzes, weil mir selbiger abgeht, ex interdicto uti possidetis, sondern wegen seiner unerlaubten Handlung actione in factum.

Die Actio in factum ist also, wenn der Andre gar kein Recht hat, weit vortheilhafter, als die Interdiktsklage, denn dort darf ich

bloß beweisen, daß der Andre mich bei einer Handlung gestört habe, hier aber muß ich beweisen, daß der Andre mich bei einer Handlung, welche als zufolge Rechts geschehen, und welche dem dominus bekannt geworden, gestört habe.

§. 5.

Welche Rechte sind Gegenstände des Quasi-Besitzens.

Gegenstände des Quasi-Besitzens sind nur Rechte auf Andere, nicht Rechte

1. auf meine eigene Person und Sachen, und
2. auf körperliche Dinge, die herrnlos sind, oder als solche erscheinen.

Ad 1. Man sagt nicht einmal, ich bin im Besitze des Rechts, meinen Körper oder meine Sachen zu gebrauchen.

Die Befugniß zu diesem Gebrauche ist eine Folge meines Eigenthums über meinen Körper

und meine Sachen, und das Gebrauchen selbst ist res merae facultatis.

Das Nichtdasein einer Beschränkung jener Befugniß und dieses Gebrauchens durch einen Andern ist das, was man natürliche Freiheit nennt, und wird hiedurch der Zustand jener Befugniß und jenes Gebrauchs, als durch einen Andern nicht beschränkt, ausgedrückt. *)

*) Man muß hiermit nicht den Fall verwechseln, wo bereits eine rechtliche Beschränkung durch einen Andern da ist, und wo ich mich hiegegen wiederum in den Besitz der natürlichen Freiheit gesetzt, oder wo ich jenen Zustand der Nichtbeschränkung faktisch wieder hergestellt habe. Hier war jener Zustand rechtlich verändert, ich hatte ihn rechtlich verloren, und er gehörte einem Andern. Ihn kann ich also nur rechtlich wieder erwerben, und eine bloße Wiederbesitznahme meines Zustandes von meiner Seite gegen das Eigenthum des Andern ist eben so wenig zu begünstigen, als seine erste bloße Besitznahme meines natürlich freien Zustandes oder meiner natürlichen Freiheit gegen mein Eigenthum.

Dieser Zustand wird nun aber als ewig fortdaurend so lange rechtlich angenommen, bis ein Anderer zeigt, daß er wirklich Rechte durch Vertrag u. s. w. darauf erlangt. Ich sage angenommen, er wird nicht bloß präsumirt, und noch weniger so schwach präsumirt, daß man diese Präsumtion in einer Parallele mit der Präsumtion setzen könnte, welche durch bloße faktische Beschränkung jenes Zustandes entstände.

Aus dieser Beschränkung entsteht, wie ich weiterhin zeigen werde, gegen den Eigenthümer selbst weder ein Recht, noch eine Präsumtion, und noch weniger entsteht aus selbiger eine Collision mit der rechtlichen Annahme meiner natürlichen Freiheit. Diese ist ein wesentlicher Theil meines Eigenthums selbst, sie ist eben so gewiß als das Eigenthum, und kann diese Gewißheit keiner anderweitigen Präsumtion weichen; sie hört nur auf bei der Existenz einer andern, selbige überwiegenden, Gewißheit, wenn nämlich Jemand wirkliche Rechte darauf erlangt hat.

Ad 2. Bei körperlichen Dingen, die nicht liquide einem Andern gehören, sondern herrnlos waren, oder zeitig als herrnlos — eigentlich, als keinen gewissen Herrn habend, wenn nämlich das Eigenthum ungewiß ist oder bestritten wird — erscheinen, tritt die Lehre vom wirklichen Besitze ein, mithin kann vom Quasi-Besitze hier nicht geredet werden —

Diesem zufolge sind Rechte auf meine Person oder meine Sachen, oder auf herrnlose Sachen, nicht Gegenstände meines Besitzes, sondern nur Rechte auf die Person und die Sachen eines Andern, deren Eigenthum ich ihm nicht bestreite, sondern von denen ich selbst sage, oder implicite gestehe, daß sie ihm gehören. *)

*) In Ansehung seiner Person ist dies so nöthig nicht, denn das versteht sich von selbst, oder wird, so lange nicht das Gegentheil erhellet, rechtlich angenommen.

Bei Sachen aber ist es nothwendiger, denn sonst kann nicht unterschieden werden, ob ich ein verum possessorium oder ein quasi possessorium

Daher sagt auch Weber, indem er hier nur auf Sachen Rücksicht nahm, in seinen Beiträ=

anstelle, welcher Unterschied jedoch sehr wesentlich ist. Denn, wenn ich sage, „ich bin im Besitze dieser Sache“ — von der ich dem Andern das Eigenthum nicht zugestehe, oder expresse vel implicite vielmehr mir anmaße — mithin, wenn ich ein verum possessorium anstelle, so brauche ich nur solche Handlungen zu beweisen, durch welche die Sache zu mir und dem meinigen hinzugefügt ward.

Sage ich aber, „ich bin im Besitze eines Rechts auf Caji Sache,“ — deren Eigenthum ich ihm nicht bestreite — mithin, wenn ich ein quasi possessorium anstelle, so muß ich Handlungen der obengedachten Art, als zufolge eines Rechts geschehen, und welche dem domino bekannt geworden, beweisen.

In Praxi kommen oft solche Klagen vor, denen man es nicht absehen kann, ob sie ein verum oder quasi possessorium bezielen.

So wird oft geklagt, „ich bin im Besitze der Fischerei auf dem sogenannten schwarzen See,“ hier ist es ungewiß, ob der Besitz des Sees selbst,

gen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 2ten und 3ten Stück S. 128 und 129.

als körperlichen Dinges, oder ob der Besitz des Rechts, in dem See eines Andern zu fischen, behauptet werde.

Bei dem großen Unterschiede zwischen dem vero und quasi possessorio wäre daher die genauere Bestimmung dieses Besitzes sogleich ex officio vom Richter zu erfordern. Ergiebt es sich alsdann, daß über den Besitz des Sees, oder eines Theils desselben, als körperlichen Dinges an sich, gestritten werde, wobei keiner liquido als dominus erscheint, so ist dies ein verum possessorium. Wird aber über den Besitz eines Rechts auf dem See eines Andern gestritten, so ist dies ein quasi possessorium, und kommt es hierbei darauf an, ob Non-domini sich streiten, oder ob Jemand sich mit dem Domin selbst streite. In jenem Falle ist der quasi-possessorische Prozeß zulässig, in diesem aber nicht. §. 9. —

Ich bemerke hiebei, daß nach diesen Grundsätzen die, seit einiger Zeit bei der Ablassung eines gewissen großen Sees so häufig entstandene, Besitz-Prozesse leicht zu entscheiden seyn dürften.

„daß hier seiner Natur nach immer eine „fremde Sache vorausgesetzt werde.“

Das trocken gewordene Land tritt an die Stelle des Sees.

War es nun schon vorher nicht gewiß, wem der See gehöre, so ist auch jetzt der Streit über den Besitz des trocken gewordenen Landes ein verum possessorium, wobei die Handlungen der Hinzufügung desselben zu mir und dem meinigen zu beweisen.

Wird aber über den Besitz eines Rechts auf den vormaligen See, jetzt das trockene Land, eines Andern gestritten, so ist dies ein quasi possessorium und sind die eben gedachten Handlungen als zufolge eines Rechts geschehen und welche dem domino bekannt geworden, zu beweisen.

Inter non-dominos findet nun dies quasi possessorium statt, nicht aber gegen den dominum selbst, vielmehr wäre hier der Kläger sogleich ex officio abzuweisen.

§. 6.

Welche Rechte auf Andere sind Gegenstände des Quasi-Besitzens, in Hinsicht auf die Anstellung des possessorii summariissimi vel ordinarii.

Ich spreche hier nicht vom Besitzen eines Rechts auf Andere, in Hinsicht auf Verjährung u. s. w., sondern ich beschränke mich auf die Hinsicht, in wie fern aus dem Quasi-Besitzen das possessorium summ. vel ordinarium angestellt werden könne.

Was hingegen bisher vom Besitze eines Rechts auf Andre gesagt ward, paßte allerdings auch auf Verjährung, in Hinsicht des Besitzens, §. 1., der Erlangung §. 2. und endlich der Beschaffenheit der Rechte §. 3. nämlich daß auch bei Verjährung u. s w. mein Recht auf mich und meine Sachen, so wie mein Recht auf herrnlose Sachen kein Gegenstand meines Besitzens sey —

Ueber die Frage, welche Rechte auf andre Menschen, Gegenstände des Quasi-Besitzens in Hinsicht auf die Anstellung des poss. summ. vel ord. seien, herrscht unter den Rechtsgelehrten eine große Verschiedenheit.

Die mehresten Rechtsgelehrten behaupten es von allen und jeden Rechten. Andre hingegen nehmen einige aus, aber nicht alle Rechtslehrer dieselben, und daher ist auch unter diesen Rechtslehrern keine Einstimmigkeit.

v. Spangenberg im Versuch einer systematischen Darstellung der Lehre vom Besitze schließt §. 104 bloß das jus ad rem aus, weil, wie er sagt, bei persönlichen Sachenrechten, welche sich lediglich auf Erfüllung individueller Verbindlichkeiten bezögen, der Natur der Sache nach keine eigentliche Quasi-Possession sich gedenken lasse.

Also eine individuelle Verbindlichkeit, oder die Erfüllung einer individuellen Verbindlichkeit,

hat eine solche Natur, daß sich ein Besitz von einem Rechte darauf nicht gedenken ließe.

Hat sie aber die Natur, daß ein Anderer das Eigenthum eines Rechts darauf haben kann, so läßt sich auch sehr wohl ein Besitz von einem solchen Rechte gedenken. Wo ein Eigenthum des Rechts an einem Objekte statt findet, da kann auch ein Besitz des Rechts an diesem Objekte statt finden.

Worin sollte sich nun aber die Verbindlichkeit ex jure ad rem von der Verbindlichkeit ex jure personarum, und ex jure in re in der Maaße unterscheiden, daß zwar ein Eigenthum eines Rechts auf die Verbindlichkeit ex jure ad rem, nicht aber ein Besitz eines solchen Rechts möglich sey?

Ich sehe es nicht ab, und hätte nun wohl wünschen mögen, daß Spangenberg uns die Entwickelung seiner Idee nicht schuldig geblieben wäre; indessen zahlte er vielleicht nicht, weil es an dem zu Zahlenden ihm mangelte, d. h. weil

er sich nichts, oder nichts deutliches, dabei dachte.

Thibaut in der Abhandlung über Besitz und Verjährung schließt § 16. verbis:

„da übrigens in allen vorhin angeführten
„Gesetzen nur denen Besitzrechte beigelegt
„werden, welche sich in der Ausübung ei-
„nes dinglichen Rechts befinden, und die-
„ses singulare nicht ausgedehnt werden
„kann, so ist es am richtigsten, wenn man
„denen, welche bloß persönliche Rechte ge-
„gen eine Person oder Sache ausgeübt ha-
„ben, die Vorzüge eines eigentlichen pos-
„sessoris, also eine sogenannte quasi pos-
„sessio, abspricht,“

nicht nur das jus ad rem, sondern auch das jus personarum aus, indem er den Quasi-Besitz auf jura in re beschränkt.

Savigny schließt §. 44. nicht nur das jus ad rem, und das jus personarum, sondern auch die mehresten jura in re aus, und beschränkt

den Quasi-Besitz auf Servituten, auf die superficies, und auf das jus in agro vectigali —

Meine Meinung ist diese, daß eigentlich nur Servituten hieher gehören, indem die Gesetze immer nur von Servituten reden, daß aber die von mehrern Rechtslehrern gemachte Ausdehnung auf alle und jede Rechte nicht unstatthaft sey. Indessen unterscheide ich mich darin von ihnen, so wie von allen andern Rechtslehrern, daß das Besitzen der Rechte gegen den, welchen ich dominum nenne, in Hinsicht auf das anzustellende possessorium summariissimum vel ordinarium keine Veränderung hervorbringe.

§. 7.

Wann sind Rechte auf Andre Gegenstände des Quasi-Besitzens, in Hinsicht auf die Anstellung des possessorii summariissimi vel ordinarii?

Rechte auf Andre sind nur dann Gegenstände des Quasi-Besitzens, in Hinsicht auf die

Anstellung des possessorii summariissimi vel ordinarii, wenn bloß von der Thatsache des Besitzens die Rede ist, und sein darf.

Daher sind Rechte auf Andre keine Gegenstände desselben

A. wenn entweder

1. das Recht, *) oder

2. das Unrecht,

liquid ist.

Ad. 1. Das Recht, das ich auf Andre wirklich habe, ist eben so gut mein Eigen-

*) Es irrt daher *Nettelbladt*, wenn er in Systema elementare jurisprudentiae positivae, libro 1, sectione 6. Tit. II. den Quasi-Besitz in der Ausübung eines wirklich habenden Rechts bestehen läßt.

Denn so sagt er §. 519: quasi possessio adest, si post *constitutum* jus affirmativum illud exercemus, altero patiente. Si alter post *acquisitum* a nobis hujus generis jus affirmativum ipsum praestat acta, ad quod praestandum vi ejus obligatus est, seu, quod idem est, actiones commissivas, quae vi hujus juris edere debet, edit.

thum, als mein Recht auf meine Person und Sachen.

§. 520. — — — si post acquisitam ipsam immunitatem non praestamus ad quod praestandum antea obligati fuimus. Si post acquisitum ipsum jus prohibendi alter omittit.

Quasi possessio und exercitium eines, unbestritten zustehenden, Rechts sind ihm also ein und dasselbe. Der Gebrauch meines unbestrittenen Rechts ist aber sowohl von der Erlangung des Quasi-Besitzens, als vom Quasi-Besitzen, als Thatsache des Innehabens, und vom Quasi-Besitz, als Befugniß, das Innehabende zu behalten, allemal wesentlich verschieden.

Dort ist das habende Recht gewiß, und der Gebrauch desselben mehrt, mindert, oder verändert nicht meine Zuständigkeit, er ist vielmehr bloß res merae facultatis.

Hier hingegen ist das habende Recht nicht gewiß, es erscheint vielmehr als zweifelhaft, die Erlangung des Besitzens mehrt meine Zuständigkeit; Quasi-Besitzen ist ein ruhender Zustand, eine Thatsache, keine Handlung; Quasi-Besitz aber ist eine Befugniß, das Innehabende zu behalten, und ist vom exercitio juris verschieden, wie die Zuständigkeit von der Ausübung der Zuständigkeit.

Ist nun mein Eigenthum an dem Rechte auf einen Andern liquid, so heißt es auch hier, daß das liquide petitorium omne possessorium absorbire, und findet ein possessorischer Prozeß weder mit dem, auf den ich dies liquide Recht habe, noch mit einem dritten, hier statt.

Ad. 2. Der Schutz beim Besitze eines Rechts setzt allemal die Möglichkeit, daß mir das Recht zustehen könne, wesentlich voraus, und ich kann nicht geschützt werden, wenn es vorliegt, daß das Recht mir nicht zustehe, oder nicht zustehen könne.

B. Wenn das Besitzen als Folge einer Befugniß, ex testamento, privilegio, lege, contractu etc. erscheint.

Denn hier kommt es lediglich auf den Inhalt und auf die Auslegung derselben an; selbige sind das fundamentum agendi, und ist der Prozeß allemal petitorisch, wenn gleich nach Umständen summarisch, und höchst summarisch. —

Nach diesem Principe sind die mehresten possessorischen Prozesse über die Iction, über die privilegia der Handwerker, über die Theilnahme an den Sporteln der mit Bestallung versehenen Bedienten u. s. w. zu entscheiden.

In der Folge werde ich die unzähligen Prozesse dieser Art näher beleuchten.

§. 8.

Vom Quasi-Besitze.

So wie bei körperlichen Sachen der Besitz die Befugniß ist, das Innehabende zu gebrauchen, in specie aber in Hinsicht auf die gegen Andre deshalb anzustellenden remedia possessoria, die Befugniß ist, das Innehabende zu behalten, und das verlorne Innegehabte sich wieder zu verschaffen, so ist der Quasi-Besitz die Befugniß, das innehabende Recht auszuüben, in specie aber in Hinsicht auf die gegen Andre anzustellenden remedia possessoria die Befugniß,

das innehabende Recht zu behalten, und das verloren innegehabte Recht sich wieder zu verschaffen.

Diese Definition vom Quasi-Besitze ist wenigstens richtiger, als die bisher zum Theil davon gegebenen, welche sich sämmtlich minder oder mehr auf die erste Befugniß des Gebrauchens beschränken, nicht aber auf das Behalten und Wiedererhalten sich erstrecken.

Spangenberg läßt §. 8. und §. 100. den Quasi-Besitz hauptsächlich in Ausübung und Geltendmachung seiner Gerechtsame bestehen. Er unterscheidet sich also von Nettelbladt nur durch das Wort „hauptsächlich," mithin durch eine noch größere Unbestimmtheit, und beziehe ich mich auf das, was ich im vorigen §. gegen Nettelbladt gesagt habe.

Höpfner im Commentar über Heineccius Institutionen, und mit ihm mehrere Rechtslehrer begnügt sich §. 282. mit dem Ausspruche,

der Quasi-Besitz bestehe in dem physischen Vermögen, das Recht auszuüben. *)

Ein solches physisches Vermögen haben aber alle Menschen, mithin nicht bloß diejenigen, welchen man einen Quasi-Besitz beilegt. Es müßte also wohl ein moralisches, oder eigentlich ein rechtliches Vermögen sein, das Recht auszuüben. Allemal aber ist auch dies noch zu unbestimmt; denn es kann auch hierunter meine Befugniß, ein unbestritten eigenthümlich habendes Recht auszuüben, verstanden werden.

Diese Befugniß werden aber selbst diese Rechtslehrer nicht unter dem Quasi-Besitze verstehen, denn, wenn z. B. ein Patron einer Kirche unbestritten das Recht hat, einen Prediger an-

*) *Heffter* Diss., doctrinae juris romani de possessione, §. 25. quasi possessio est is inter personam atque rem incorporalem nexus, quo illa operam in hac collocare potest, erklärt sich zwar anders als Höpfner, aber eben so allgemein und unbestimmt.

zustellen, so werden die Rechtslehrer nicht sagen, er habe den Quasi-Besitz des Rechts, einen Prediger anzustellen, sondern, er habe das Recht selbst dazu. Und, wenn er nun beim Erledigungsfalle sein Recht wirklich ausübt, so werden sie nicht sagen, er macht seinen Quasi-Besitz geltend, sondern er übt sein Recht aus.

Es müßte also wohl genauer dahin bestimmt werden: quasi possessio sey die Befugniß, ein besitzlich habendes Recht auszuüben, und würde man von dem Patron, dessen Recht zwar nicht erhellet, der aber im Besitze des Rechts ist, einen Prediger anzustellen, allerdings sagen können, er sei im Quasi-Besitze des Anstellens, und wenn er ihn anstellt, würde man sagen können, er mache nicht sein Recht, wohl aber seinen Besitz geltend.

Indessen enthält auch diese Definition nicht alles, was sie enthalten soll. Denn sie bezeichnet bloß etwas, was sich von selbst versteht, nämlich dies, daß ich dasjenige, was ich besitzlich

habe, auch gebrauchen könne. Damit ist aber der Begriff der Quasi-Possession noch nicht erschöpft, vielmehr fehlt noch das Wesentlichste dabei, nämlich dies, daß der Quasi Besitz auch die Befugniß enthalte, dasjenige, was ich besitzlich habe, zu behalten, und das verlorne wieder zu erhalten, denn nur hierdurch wird der Quasi-Besitz als fundamentum agendi bei den remediis resp. retinendae et recuperandae possessionis dargestellt, und mit diesen remediis in nähere Verbindung gebracht.

Auch Theophilus drückt sich zu unbestimmt aus, wenn er in der Paraphrase ad Institutiones libr. 4. Tit. 15. *) sagt: der

*) Qui de actionibus et exceptionibus et replicationibus disseruit, consequens est, (eum) et de interdictis disserere, sive (de) actionibus, quae interdictorum loco moventur: qui vero de interdictis disserit, (eum) necesse est scire, quando de possessione loquatur, et quando quasi de possessione. Atqui possessio est, rei corporalis detentio: quasi autem possessio est, incor-

Quasi-Besitz sey usus rei incorporalis, gleich wie possessio rei corporalis dentention sey.

Er hätte besser gethan, wenn er strenge bei seinem Vergleiche geblieben wäre, und so gesagt hätte, gleichwie possessio die — körperliche — Detention von körperlichen Dingen ist; so ist quasi possessio die — unkörperliche — Detention von Rechten als unkörperlichen Dingen. Wenigstens hätte er hiermit, wenn zwar nicht den Quasi-Besitz, doch das Quasi-Besitzen, richtig geschildert.

Indessen wollte er vielleicht nur den, eigentlich bei körperlichen Dingen gewöhnlichen, Ausdruck „detinere" vermeiden.

Eine zweite Veranlassung gab ihm wohl dies, daß er auf die Möglichkeit der Beweisführung beim Quasi-Besitzen Rücksicht nahm, denn das

poralis rei usus. Et corporale quidem est, veluti ager, domus, et quaecunque hujusmodi, incorporale autem est, velut ususfructus ac servitus, et his similia.

Innehaben oder das Quasi-Besitzen läßt sich nur durch das Faktum des Erwerbens — des usus juris — beweisen, wohingegen bei Körpern der Beweis ihres Besitzens schon durch den Augenschein, wenn sie in meinem Verwahrsam sich befinden, geführt werden kann.

Dem sei jedoch wie ihm wolle, so ist doch immer soviel gewiß, daß er bei reiferm Nachdenken, den usum juris — eine Handlung — weder mit dem Quasi-Besitzen, — der Thatsache des Innehabens, — noch mit dem Quasi-Besitze, — der Befugniß aus dem Innehaben — für einerlei erklärt haben würde.

§. 9.

Gegen wen kann in Hinsicht auf die Anstellung des poss. summ. vel ordin. der Quasi-Besitz geltend gemacht werden?

In Bezug auf das Nachfolgende beschränke ich mich hier auf die Darlegung einiger allge-

meinen Grundsätze des Vernunft- und des positiven Rechts hierüber.

So wie nach dem Rechtssatze: petitorium liquidum absorbet omne possessorium, die Anstellung des possessorii summariissimi vel ordinarii nur contra tertium non dominum, nicht aber contra liquidum dominum, beim Besitze körperlicher Dinge statt hat, eben so hat sie auch beim Besitzen von Rechten nur contra tertium, nicht contra dominum, statt.

Der Grund hiefür ist der, daß der dominus eben so sehr hier beim Quasi-Besitze, wie beim wirklichen Besitze, als dominus erscheint, und daher beim Quasi-Besitze eben das gilt, was beim wirklichen Besitze Rechtens ist.

Jeder dominus erscheint nun aber so lange, als ein Anderer nicht die Verringerung seines dominii bewiesen, immer als voller unbedingter dominus.

Ich bemerke hierüber nachstehendes:

1. Wenn man sagt, hier ist ein dominium, so wird es nach rechtlichen Grundsätzen immer als voll, gleich 100 Pc., angenommen. Das dominium plenum ist daher Regel, ein dominium minus plenum, gleich 90 Pc., aber Ausnahme, und muß also als Ausnahme bewiesen werden.

2. Wird nach rechtlichen Grundsätzen das dominium plenum an einem Objekte, immer als mit dem Rechte zum Besitze des Objekts verknüpft, angenommen. Daher erscheint nicht bloß dies als eine Ausnahme vom vollen dominio, wenn ein Andrer 10 Pc. daran eigenthümlich hat, und mir nur 90 bleiben, sondern auch dies erscheint schon als Ausnahme, wenn ein Andrer das Recht, 10 Pc. zu besitzen, hat, mir also zwar 100 Pc. im Eigenthum, aber nur 90 zum Gebrauch verbleiben, und muß daher diese Ausnahme eben so gut wie jene erwiesen werden.

Diese Ausnahme wird jedoch nur dann erwiesen, wenn ein Andrer zeigt, daß er auf rechts-

liche Art das Eigenthum oder den Besitz von 10 Pc. des meinigen erlangt habe. Rechtliche Art des Erwerbens von dem suo eines Andern findet nun nach dem Vernunftrechte im außergesellschaftlichen Zustande nur per pactum, und im gesellschaftlichen Zustande auch per legem statt, das Objekt sei übrigens eine Sache oder ein Recht, und die Erwerbung verschaffe Eigenthum oder Besitz.

Habe ich nun rechtlich solcher Gestalt von dem suo eines Andern etwas, es sei Eigenthum oder Besitz, von seinen Sachen oder Rechten erworben, so darf ich gegen den Andern selbst mich hiebei schützen, weil ich rechtlich erworben, nicht aber, wenn ich sie nicht rechtlich erworben, und ich sie bloß inne habe.

Dagegen darf ich mich gegen den Dritten, der gar kein Recht hat, ex causa des bloßen Innehabens derselben schützen. Denn ich habe aus dem bloßen Innehaben einen Vorzug vor diesem Dritten; und überdem bin ich ja auch dem

Andern, dem domino, dazu verpflichtet, daß ich das seinige nicht abhanden kommen lasse —

Eben so auch das Römische Recht. Habe ich von dem suo eines Andern etwas, es sei Eigenthum oder Besitz von seinen Sachen oder Rechten, rechtlich, also per pactum und legem, — mithin auch durch Verjährung u. s. w. — erworben; so kann ich gegen ihn selbst nicht nur beim Eigenthume, sondern auch beim Besitze, es sei von Sachen oder Rechten, geschützt werden, jedoch keinesweges ex interdicto uti possidetis, sondern ex contractu, lege, u. s. w. Habe ich aber nicht rechtlich erworben, so werde ich gegen ihn, den dominum, wegen meines bloßen Besitzens ex interdicto uti possidetis nicht geschützt.

Bei körperlichen Dingen ist dies unbestritten; denn man ist darin einig, daß das interdictum uti possidetis bei körperlichen Dingen gegen den — liquiden — dominum nicht angestellt werden könnte.

Bei Rechten aber behaupten fast alle Rechtslehrer das Gegentheil, und vertheidigen es, daß man auch gegen den dominum im Besitze geschützt werden könne.

So wie sie indessen gar keinen, wenigstens keinen triftigen Grund, hiefür anführen, so glaube ich vielmehr, den Gegenbeweis liefern zu können.

Nämlich, die Lehre vom Besitze ward in der Folge zwar auf Rechte erstreckt, und eben so ward auch das interdictum uti possidetis hiebei zugelassen, aber weder die Lehre vom Besitze, noch das interdictum uti possidetis ward in seinem Wesen und in seiner Natur dabei geändert.

Hatte nun das interdictum uti possidetis bei Körpern gegen den — liquiden — dominum nicht statt, so konnte es auch bei Rechten gegen den liquiden dominum nicht statt haben; denn es ward ja nur auf Rechte erstreckt. Bei Erstreckung eines Gesetzes auf weitere Ge-

genstände werden aber nur mehrere Gegenstände seiner Anwendung gegeben. Das erstreckte Gesetz wird nicht geändert, weder vermehrt noch gemindert, es bleibt vielmehr das, was es ist, und so, wie es ist.

Hätte es diese seine Natur wandeln, und also auch gegen den dominum statt finden sollen, so hätte dies einer bestimmten Verordnung bedurft. So wie es aber hieran gänzlich ermangelt, so sagen vielmehr bestimmte Gesetze, daß es gegen den dominum nicht statt habe.

L. 3. §. 7. D. uti possidetis:
dominus autem soli tam adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis, sed praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis.

Tit. D. de superficiebus. (43. 18.)
qui superficiem in alieno solo habet civili actione subnixus est, nam, si conduxit superficiem, ex conducto, si

emit, ex emto agere cum domino soli potest.

Was hingegen den tertium betrifft, so kann ich allerdings gegen ihn, so wie wegen des Besitzens von Körpern, also auch wegen des Besitzens von Rechten, des interdicti uti possidetis mich bedienen.

Bei Körpern werde ich contra tertium selbst wegen des unrechtlichen Besitzens schon geschützt.

L. 2. D. uti possidetis: justa enim an injusta adversus caeteros possessio sit, nihil refert: qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.

Eben dies findet nun auch bei Rechten contra tertium statt, weil das interdictum uti possidetis auf Rechte erstreckt ist.

Ausdrücklich sagt dies unter andern L. ult. D. uti poss.: in summa puto dicendum, et inter fructuarios hoc interdictum reddendum.

Nr. II.

Vom Interdicto uti possidetis.

Das Interdictum uti possidetis *) ist allein dasjenige, was über den Schutz beim Besitze von Körpern und Servituten, insoferne nämlich vom bloßen — nicht ex contractu, lege vel testamento zustehenden — Besitze, und von dem wirklich allein possessorischen Retentions-Prozesse ex causa possessionis die Rede ist, entscheidet.

Alle andere, hierher noch gerechnet werdenden, **) Interdicte hingegen, — von wel-

*) Das in Rücksicht seiner Objekte — beweglicher körperlicher Dinge — von ihm verschiedene interdictum utrubi, ist in seinen Wirkungen wesentlich dasselbe. L. un. D. utrubi (43. 31.)

**) Die Interdicte, ne quid in loco sacro fiat, de via publica, de flumine publico, de libero ho-

chen überdem die mehresten auch gegen den, welchen ich dominum nenne, angestellt werden können, ja zum Theil gegen ihn allein statt finden, und also schon hierin vom interdicto uti possidetis sich unterscheiden — haben die Beschaffenheit, daß sie entweder

1. in petitorio, und zwar wegen bloßer, jedoch näher bestimmter Handlungen entscheiden, z. B. de itinere actuque privato, *) aqua quotidiana u. s. w., oder

mine exhibendo, de tabulis exhibendis, u. s. w. werden fast von allen Rechtslehrern hieher nicht gerechnet, und können auch nicht hieher gerechnet werden.

*) Die Verschiedenheit dieses Interdicti mit dem uti possideti beruht hauptsächlich im nachfolgenden:

1. Es hatte statt contra dominum

2. schützte es nicht ex causa possessionis, denn alsdann hätte eine einmahlige Besitzhandlung genügt.

Es erforderte vielmehr Handlungen an 30 Tagen, jedoch bedurfte es nicht des Erweises, daß sie, als dazu befugt, geschehen. Gegenbeweis intuitu usus pro via publica etc. fand aber statt.

2. zwar das Besitzen betreffen, aber wiederum entweder

a. nicht über das Behalten entscheiden, sondern über die Erlangung des nicht habenden Besitzes, z. B. quorum bonorum, quod legatorum, Salvianum, so wie über die Wiedererlangung des gehabten Besitzes, unde vi, *) oder

3. Schützte es nicht im Besitze, denn das würde das interdictum uti possidetis nicht nur contra tertium, sondern, hätte es gegen den dominum statt, auch schon gegen ihn gethan haben, und hätte es also eines eigenen Interdicts nicht bedurft, sondern es schützte im Eigenthum, jedoch in petitorio summario, und daher könnte der dominus das Separatum nachher noch anstellen.

*) Das interdictum de precario gehört auch zum Wiedererhalten des Besitzens, es unterscheidet sich aber darin vom interd. unde vi, daß das fundamentum agendi hier das Besitzen, dort das pactum precarii ist, hier nur das Besitzen, dort aber das pactum bewiesen werden muß, mithin nur dieses, das unde vi, gleich dem interdicto

b. zwar über das Behalten des habenden Besitzens entscheiden, nicht aber ex causa des Besitzens. — Das interdictum quod vi aut clam gehört überall nicht zum Besitze. Will man es aber auf Behalten des Zustandes, worin eine Sache war, welche der Andre verändert, hinziehen, so ist doch hier das fundamentum agendi nicht das Besitzen, sondern das habende Interesse, und ist es nicht nöthig, daß man besitzt. L. 16. D. quod vi aut clam. (43. 24.) —

Näher gehört hieher das interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit. Aber auch hier ist das Fundamentum agendi nicht das Besitzen, sondern die missio in pos-

uti possidetis ein wahrhaftes remedium poss. nämlich ex causa possessionis ist, und allein nur den possessorischen Prozeß begründet, jenes, das de precario, aber ein remedium petitorium ist, und den petitorischen summarischen Prozeß begründet.

sessionem. Es entschied also zwar über das Behalten des Besitzes, aber nicht ex causa possessionis —

Eine nähere Untersuchung aller dieser Interdicte, in Hinsicht auf Besitz, als worauf ich mich beschränke, wird vielleicht in der zweiten Sammlung meiner Versuche vorkommen, und zwar nach folgender, wenigstens wie es mir jetzt scheint, allein richtigen Klassifikation.

1. Interdicte, die in keiner Hinsicht zu den possessorischen remediis gerechnet werden können, und auch nicht gerechnet werden.
2. Interdicte, die in petitorio entscheiden.
3. Interdicte, die den Besitz als Zweck betreffen, aber ein Recht zum Grunde haben, und zwar:
   a. adipiscendae. Erb- und Pfand-Recht liegt hier zum Grunde;
   b. recuperandae. So ist beim precario das pactum precarii der Grund;

c. retinendae. Missio in possessionem ist hier der Grund.

4. Interdicte, die den Besitz als Zweck betreffen, und auch das Besitzen zum Grunde haben *).

*) Nur diese Interdicte, welche nicht nur den Besitz als Zweck betreffen, sondern auch den Besitz zum Grunde haben, sind remedia vere possessoria; alle andere hingegen

1. die hieher nicht gerechnet werden,
2. die in petitorio entschieden, und
3 die den Besitz zwar beabsichtigen, aber ein jus zum Grunde haben,

sind remedia petitoria, und kann daher bei ihnen der verlierende nicht hernach in petitorio wieder auftreten, weil er schon in petitorio verloren hat; da er aber nur in petitorio summario verloren, so kann er in separato wiederum hervorgehen. Bei den remediis vere possessoriis hingegen kann der verlierende, weil nur ex causa possessionis entschieden ward, allerdings causam proprietatis vel juris annoch zur Sprache bringen, und also das, im Gegensatze vom possessorio sogenannte, eigentliche petitorium immer noch anstellen.

Die In

Zu Seite 53.

entweder: zu andern
als zum Besitze

†

Classis 1.

r: sie betreffen
klich den Be-
sitz

n den
nicht
) ha-
Fun-

oder: sie betreffen den
Besitz nicht nur als Zweck,
sondern auch als Funda-
ment

mer noch anstellen.

Adipiscendae giebt es hier nicht, weil man bei diesen den Besitz weder hat, noch verloren hat, mithin das Besitzen oder das Besessenhaben hier keinen Grund abgeben kann —

Es giebt hier nur Interdicte ad recuperandum und ad retinendum. Zu jenen gehören die Interdicta unde vi, quotidiana, und armata. Der Grund ist hier allein das Gehabthaben.

Zu diesen gehören die Interdicta uti possidetis und utrubi. Der Grund ist hier das haben.

Diesem zufolge ist meine Tafel über die Interdicte in Hinsicht auf den Besitz nun folgende.

(Man sehe die Tabelle.)

Nr. III.

Vom possessorio summariissimo vel ordinario gegen den dominum beim jure personarum.

Thibaut in der Abhandlung über Besitz und Verjährung, und Savigny im Rechte des Besitzes, bestreiten die Zulässigkeit des Besitzes eines juris personarum überhaupt; Spangenberg in der Lehre vom Besitze, Schmidt in den Klagen und Einreden, Stryk, Böhmer de actionibus, und fast alle andre Rechtslehrer hingegen behaupten sie, und zwar nicht nur contra tertium non dominum, sondern auch gegen den dominum selbst, welcher hier beim jure personarum derjenige ist, welcher mein Sohn, mein Vater, mein Bedienter u. s. w. sein

soll. Ich beschränke mich auf die letztere Rücksicht, und behaupte, daß man im Besitze eines juris personarum gegen den dominum nicht geschützt werden könne.

Zur Verhütung aller nur zu leicht hiebei eintretenden Verwirrungen muß man unterscheiden, was das Römische Recht sagt:

A. vom Statu Servorum, und

B. von andern Statibus.

Ad A. In Ansehung der Servorum fanden nachfolgende, hieher gehörige, Grundsätze statt:

1. Wer einen, als frei erscheinenden, Menschen als seinen Servum in Anspruch nahm, mußte beweisen, daß er sein Servus sei.

2. Wirkliche, liquido als solche erhellende, Servi mußten in petitorio ihre Freiheit darthun, sowohl gegen ihren liquiden Herrn, als gegen ihren possessorem. Indessen konnten sie gegen diesen possesso-

risch klagen, wenn sie cum consensu domini in possessione libertatis waren. Gegen die Ansprüche eines Dritten, non possessoris, brauchten sie aber nicht zu beweisen; in Hinsicht auf ihn erschienen sie als frei, und er mußte sowohl gegen sie als gegen ihren dominum beweisen, daß sie se ne Servi seien.

3. Nicht liquido als solche erhellende, sich jedoch als solche bei einem Andern befindende, Servi durften nicht eigenmächtig weggehen, sie konnten aber nicht nur petitorisch, sondern auch possessorisch gegen den klagen, bei dem sie sich als Servi befanden —

Diese Sätze beruheten auf singulairen Begünstigungen für und wider die Servos; denn so singulair der Status Servorum war, so singulaire Begünstigungen fanden auch für und wider sie statt.

Anlangend 1. Die Begünstigungen für die Servos, und zwar sowohl für angebliche als

wirkliche Servos, so wie in petitorio als in possessorio, so reden von solchen Begünstigungen im allgemeinen. L. 24. §. 10. in fine D. de fideicommissariis libertatibus, (40. 5.) non enim ignotum est, quod multa contra juris rigorem pro libertate sint constituta; und §. 4. I. de donatibus. (2. 7.)

et invenimus viam, per quam et manumissor et socius ejus, et qui libertatem accepit, nostro beneficio fruantur, libertate cum effectu procedente, cujus favore antiquos legumlatores multa etiam contra communes regulas statuisse manifestum est.

Einzelne Begünstigungen in petitorio und zwar für angebliche Servos, kommen aber vor in L. 24. pr. D. de manumissionibus. (40. 1.)

Lege Junia Patronia, si dissonantes pares judicum existant sententiae, pro libertate pronunciari jussum.

et §. 1. *ibidem:* sed, et si testes

L. 24. pr. D. de liberali causa. (40. 12.)

Ordinata liberali causa, liberi loco habetur is, qui pro suo statu litigat.

§. 3. *ibidem* — — — nam, ordinato liberali judicio, interim pro libero habetur.

Einzelne Begünstigungen in petitorio für wirkliche Servos hingegen enthält der §. 12. I. de adoptionibus: (1. 11.)

apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos, si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde et nos eruditi, in nostra constitutione etiam eum servum, quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverat, liberum esse constituimus: licet hoc ad jus filii accipiendum non sufficiat.

Denn nach diesem Lege erhält der Servus die Freiheit selbst, nicht den Besitz der Freiheit; er klagt auf das Recht, und der verlierende do-

minus kann nicht in possessorio ordinario, oder petitorio dagegen wiederum auftreten. Indessen genügte hier nicht die bloße nominatio filii, und sind daher die Worte „actis intervenientibus" nicht zu übersehen, *) unter welchen eine förmliche Erklärung coram judice, oder eine Benennung im Testamente u. s. w. verstanden wird.

Auch Novella 153. cap. un. enthält hieher gehörende Begünstigungen:

Qui itaque ad eum modum in ecclesia, aut vicis publicis, aut aliis locis projecti fuisse comprobati erunt: hos omnibus modis liberos esse praecipimus, licet

*) Bei Beziehung dieser legis auf die Filiation des non-servi übersehen die Rechtsgelehrten diese Worte, und die darin liegende nähere Forderung, unter welchen Umständen die nominatio filii geschehen müsse. Dafür substituiren sie denn die, so geschäftige, famam und allerhand andere, nichts beweisende und in den Rechten nirgends begründete, Nebenumstände.

ei, qui praejudicio contendit ad hoc, manifesta existat probatio, et possit ejusmodi personam ad suum pertinere dominium ostendere. Nam si nostris praecipitur legibus, ut aegrotantes servi a dominis suis pro derelicto habiti, et quasi desperata jam valetudine, cura dominica non dignati, prorsus ad libertatem rapiantur: quanto magis eos, qui in ipso vitae principio aliorum hominum pietati relicti, et ab ipsis enutriti fuerunt, non sustinebimus in injustam servitutem pertrahi?

Begünstigungen für angebliche Servos in possessorio enthalten:

L. 10. pr. de liberali causa. (40. 12.) quod autem diximus, in libertate fuisse, sic est accipiendum non ut se liberum doceat is, qui liberale judicium patitur, sed in possessione libertatis sine dolo malo fuisse.

L. 12. §. 3. ibidem:

et generaliter dicendum est, quotiens quis justis rationibus ductus vel non justis, sine calliditate tamen, putavit se liberum, et in libertate moratus est, dicendum est, hunc in ea causa esse, ut sine dolo malo in libertate fuerit; atque ideo possessoris commodo fruatur.

Ich sage, für angebliche Servos, denn, wenn Jemand im Besitze der Freiheit geschützt werden soll, so muß es weder erhellen, daß er wirklich frei sei — sonst würde er als solcher sofort in petitorio erklärt werden — noch daß er wirklich Servus sei, — denn hier würde das petitorium liquidum des domini das possessorium des Servi absorbiren. —

Es kann also nur von angeblichen Servis die Rede sein; diese sollen in possessione geschützt werden, bis ihr angeblicher dominus in petitorio darthut, daß sie seine wirklichen Servi seien.

Redeten jene Gesetze davon, daß die, welche wirklich als Servi notorisch, eingeständig, durch Zeugen und Urkunden liquide vorlägen, im Besitze der Freiheit gegen ihren Herrn geschützt werden sollten, so müßte der dominus in petitorio ja das nochmahls beweisen, was schon in possessorio als bewiesen vorlag, welches denn keinen vernünftigen Grund haben, und gegen den Satz, daß das petitorium liquidum das possessorium absorbire, geradezu verstoßen würde.

Noch bestimmter, wie die eben angeführten Gesetze redet:

L. 41. pr. de liberali causa (40. 12.)

si in obscuro sit, in quo statu fuerit is, qui pro libertate sua litigat, prior is audiendus est, probare volens, se ipsum in libertatis esse possessione

von angeblichen Servis, verbis: si in obscuro sit etc.

Jemand, der als frei erscheint, hat nicht nöthig, pro libertate zu litigiren, sondern ein

Andrer muß erst ihn in Anspruch nehmen, und beweisen, daß und wie jener sein Servus geworden sei.

L. 7. §. 5. D. de lib. causa.

si vero ex libertate in servitutem petatur, is partes actoris sustinet, qui servum suum dicit.

L. 6. D. si ingenuus esse dicetur (40. 14.)

sed actoris partibus semper, qui se patronum dicit, fungitur, probareque libertum suum necesse habet; aut, si non probet, vincitur.

L. cit. 24. pr. et §. 3. D. de manumissionibus.

Soll also der Fall seines Litigirens eintreten, so muß er nicht nur sich schon bei Jemand in der Eigenschaft als Servus befinden, oder befunden haben, *) sondern es muß auch ungewiß sein, ob er Servus sei oder nicht.

*) Hätte Jemand einen andern Menschen tamquam servum bei sich gehabt, oder noch jetzt bei sich,

Unter diesen Umständen soll nun des angeblichen Servi possessorischer Libertäts-Prozeß

so ward ad interim präsumirt, daß er sein Servus sei.

Daher mußte auch bei dem interdicto de libero homine ducendo, wenn der Besitzer ihn für seinen Servum ausgab, der Kläger beweisen, daß er besitzlich oder wirklich frei sei,

L. 3. §. 7. D. de homine lib. exhib. (43. 29.) Plane, si dubitat, utrum liber, vel servus sit, vel facit status controversiam, recedendum erit ab hoc interdicto, et agenda causa libertatis etenim recte placuit, tunc demum hoc interdictum locum habere, quotiens quis pro certo liber est,

obgleich nach allgemeinen Rechts-Grundsätzen sonst Jeder für frei angenommen wird, so lange bis ein Anderer beweiset, daß Jener wirklich sein Servus sei, da das bloße bei sich haben nichts ausmacht.

Indessen war diese Präsumtion nur einstweilen, und blieb daher nach dem Lege 41. pr. D. de lib. causa mir noch die Frage zu erörtern, in quo statu fuerit is, qui pro sua libertate litigat, nämlich ob er nicht, ungeachtet er bei dem angeblichen domino tamquam servus gewesen, re vera ein freier Mensch sei, und da soll er gegen

zugelassen werden, und er nicht nöthig habe, in petitorio zu klagen.

Begünstigungen für wirkliche liquide Servos in possessorio kommen gegen den domi-

die provisorische Präsumtion für den angeblichen dominum nicht gezwungen werden, in petitorio seine Freiheit zu beweisen, sondern er soll auch gehört werden, wenn er den Besitz der vorigen oder jetzigen Freiheit darthut. Gewinnt er hier, so kann alsdann der angebliche dominus in petitorio darthun, daß und wie er wirklich sein Servus geworden Eben so wie hier, wo der angebliche Servus klagt, — pro sua libertate litigat, verhielt es sich auch in dem entgegengesetzten Falle, wo der angebliche dominus gegen ihn klagte — liberale judicium servus patitur. — Denn auch hier hatte der angebliche Servus nach der Lege 10. pr. und Lege 12. §. 3. D. de liberali causa nicht nöthig, sofort in petitorio zu klagen — ut se liberum doceat is — sondern er konnte sich auf den Besitz stützen

in possessione libertatis sine dolo malo fuisse — ideo possessoris commodo fruatur.

Gewann er, so trat das petitorium des angeblichen domini eben so auch hier, wie dort, ein.—

num überall nicht vor, auch nicht contra tertium bonae fidei possessorem, ja nicht einmal gegen den tertium possessorem, non bonae fidei possessorem, als nur in dem Falle, wenn sie cum consensu domini in possessione libertatis sind.

L. 28. D. de liberali causa — — — is enim demum cum voluntate domini in libertate est, qui possessionem libertatis ex voluntate domini consequitur.

Anlangend 2. die Begünstigungen gegen angebliche und wirkliche Servos, in possessorio et petitorio, so bedurfte es gegen seine liquiden wirklichen Servos weder in petitorio noch in possessorio einer Begünstigung.

Gegen seine angeblichen Servos aber fanden keine Begünstigungen in petitorio statt, vielmehr traten sie gegen den angeblichen dominum ein. In possessorio hingegen fand für den angeblichen dominum, der Jemand tamquam servum bei sich gehabt hatte, intuitu recu-

perationis eine Begünstigung in dem Falle statt, wenn der angebliche Servus entflohen*) war.

L. 14. C. de agricolis. (11. 47.) Si coloni, quos pona fide quisque possidet, ad alios fugae vitio transeuntes, necessitatem propriae conditionis declinare tentaverint, bonae fidei possessori primum oportet celeri reformatione succurri, et tunc causam originis et proprietatis agitari.

Diese Lex erfordert zwar bonam fidem, andre aber nicht einmal denselben, sondern nur das bloße bei sich gehabt haben eines Menschen tamquam servum.

Intuitu retentionis aber hatte ein Unterschied statt. Gestand nämlich der bei einem Andern tamquam servus sich befindende, daß er

*) Dies Entfliehen war so hart verpönt, daß selbst gegen einen Freien, der entfloh, dies statt hatte. L. 10. D. de liberali causa: etenim ait, eum, qui scit se liberum, deinde pro fugitivo ait, hoc ipso, quod in fuga sit, pro servo agere.

zwar nicht dessen, wohl aber eines Andern wirklicher Servus sei, so konnte er gegen den, bei dem er sich befand, überall nichts ausrichten, als nur in possessorio, in dem Falle, wenn er, cum consensu domini in libertatis possessione gewesen zu sein, beweisen konnte.

Gab er sich aber für frei aus, so stand ihm das bloße sich bei einem Andern Befinden in der Art im Wege, daß er nicht so gradezu weggehen konnte, sondern er mußte in possessorio vel petitorio erst klagen.

Hiebei trat nun aber wiederum die Begünstigung für ihn ein, daß, wenn er gleich nicht weggehen durfte, dennoch er interim als ein freier Mensch behandelt werden mußte,

L. 24. pr. et §. 3. D. de liberali causa,

und zu keinen Dienstleistungen gezwungen werden durfte.

Ad B. Außer dem statu servorum ist im Römischen Rechte nirgends vom Besitze eines juris personarum die Rede.

Was die Rechtslehrer dafür anführen, beruhet alles auf Analogie solcher Gesetze, die von den Servis handeln.

So wie aber, was speciell von einem statu, und nicht allgemein von allen statibus, gesagt wird, nur von diesem statu gilt, so ist auch zwischen dem statu servorum und allen andern ein so großer Unterschied, daß schon deshalb das von jenem Gesagte auf diese nicht gezogen werden kann.

Demungeachtet behaupten viele Rechtslehrer, es gebe einen Besitz, daß man Sohn oder Vater, Herr oder Diener, Ehemann, *) Bürger oder Bürgermeister, Soldat oder General, Bürgerlicher oder Adelicher sein könne.

Indessen beschränken sie ihre Beweise auf zwei status, nämlich den der Filiation, und den der Dienstherrschaft.

Für den ersten beziehen sie sich auf den

*) Vom Besitze des ehelichen Zustandes redet Spangenberg §. 103.

schon erwähnten §. 12. I. de adoptionibus: apud Catonem

Ich habe aber schon vorhin gezeigt, daß diese Lex nicht vom Besitze rede, sondern von der wirklichen Erlangung der Freiheit, und kann sie schon deshalb in keinem Falle auf den Besitz der Filiation für einen non servum gezogen werden, weil hier vom Besitze überall nicht die Rede ist.

Aber auch auf die wirkliche Erlangung der Filiation eines non servi kann sie nicht gezogen werden, denn es ist nirgends als eine species adoptionis angeführt, wenn Jemand einen Andern filium suum nennt.

Der non servus, welcher filius genannt, oder als Sohn in einem Hause behandelt ist, wird dadurch also weder wirklicher Sohn, noch steht ihm das interdictum uti possidetis gegen den dominum, welcher hier der angebliche Vater ist, zu.

Es versteht sich jedoch von selbst, daß andere Art Klagen gegen ihn statt finden.

Wenn ich nämlich z. B. einen Hülflosen, vielleicht ausgesetzten Knaben, zu mir nahm, zumal wenn auch andre der Zeit ihn zu sich nehmen wollten, und ich also dadurch sein anderweites Fortkommen verhinderte, so ist er zwar hierdurch, und wenn ich ihn auch meinen Sohn nannte, die, gerne unterstützende, fama dies unterstützte u. s. w., nicht im Besitze der Kindschaft von mir, und kann daraus nicht klagen, wohl aber kann er actione in factum, Alimentation, und die fernere Fürsorge für sein Fortkommen in petitorio summario von mir verlangen.

Diese Klage auf Versorgung seiner, als Menschen, ist indessen von der auf Versorgung seiner, als meines Sohnes, sowohl ihrem Grunde, als ihren Folgen nach, sehr verschieden, da ich auf Erziehung und Fortkommen meines Sohnes mehr, als auf das eines fremden Kindes, verwenden muß, und überhaupt hier ganz an-

dere Verhältnisse und Wirkungen eintreten, als dort.

Für den Beweis des Besitzes der Dienstherrschaft wird unter andern angeführt, die auch schon gedachte L. 14. C. de agricolis. Si coloni etc.

Diese Lex, so wie die andern von fliehenden wirklichen oder angeblichen Servis redenden Gesetze, kann aber nicht auf angebliche Bediente, Leibeigene, Bauern u. s. w. gezogen werden, da diese status von jenem so sehr verschieden sind und das Fliehen oder Weggehen derselben nicht in der Maße mit einem odio belegt ist. Gegen liquide Bediente klage ich ex contractu auf ihre Rückkehr, gegen angebliche Bediente muß ich aber erst beweisen, daß sie meine Bediente sind. Ich kann nicht gegen Titium auf das Wiederkommen klagen, wenn er keinen bestimmten Kontrakt mit mir gemacht hat, sondern er nur zuweilen in mein Haus kommt, dies und jenes Geschäft verrichtet, und dafür Essen und Trinken, auch wohl Geschenke erhalten hat. —

Schmidt handelt im praktischen Lehrbuche von gerichtlichen Klagen und Einreden sehr ausführlich von den possessorischen Präjudicial-Klagen, und zwar wegen des Zustandes der Knechtschaft und Freiheit von §. 261 bis 276, wegen des ehelichen Zustandes §. 362 und 365, wegen des väterlichen Zustandes §. 399 bis 414.

Ich bemerke hierüber kürzlich nachstehendes:

Das §. 262 et seqq. gedachte interdictum de libero homine exhibendo ist nicht gegen den dominum seiner Person — den verheimlichten — sondern gegen den tertium — den verheimlichenden — gerichtet, und gehört überall nicht zu den possessorischen Interdicten. Denn es ist nach der L. 2. §. 1. D. uti possidetis ein interdictum, quod competit officii causa, nicht, quod competit rei familiaris causa, als bei welchen Interdicten rei familiaris causa nur die Unterabtheilung, ob sie proprietatis oder possessionis causam enthalten, vorkommt.

Der §. 362 handelt vom dote, und gehört

diese Klage wohl nicht zu den Präjudicial-Klagen ratione status.

Das §. 365 gedachte Interdictum de uxore exhibenda ac ducenda geht eben so, wie das §. 399 gedachte Interdictum de liberis exhibendis item ducendis, contra tertium, und gehört nicht zu den possessorischen Interdicten, denn es ist nach der L. 2. §. 1. D. uti poss. ein Interdictum, quod competit juris sui tuendi causa, nicht rei familiaris causa.

Wegen des Hauptsatzes, der possessorischen Präjudicial-Klagen contra dominum, also z. B. der Klagen eines, im §. 277 gedachten öffentlichen Dieners, und eines Soldaten gegen den Landesherrn, eines Gesellschaftsgenossen gegen die übrigen Gesellschaftsglieder, so wie eines Kindes gegen den angeblichen Vater, eines Mannes gegen seine angebliche Frau, und eines Herrn gegen seine Bediente u. s. w. hingegen bezieht er sich bloß auf allgemeine Behauptungen und auf §. 30 des gedachten Lehrbuchs.

Nr. IV.

Vom possessorio summariissimo vel ordinario gegen den dominum beim jure ad rem.

Thibaut, Savigny und auch Spangenberg bestreiten die Zulässigkeit des Quasi-Besitzes beim jure in personam eben so allgemein, als andere Rechtslehrer sie vertheidigen. —

Gegen den dominum, oder denjenigen, welcher als ex contractu, lege, testamento, privilegio u. s. w. mir verpflichtet erscheint, normirt allein der Kontrakt, die Lex u. s. w., man muß gegen den dominum aus dem Kontrakte selbst und allein nur klagen, und findet bei selbigen nach Umständen ein summarischer Prozeß statt, welcher eben so geschwinde und geschwin-

der als der possessorische zum Ziele führt, überdem aber sogleich das Recht selbst zuspricht.

Hiefür redet außer der schon angeführten Lege 3. §. 7. D. uti possidetis in fine: tuebitur secundum legem locationis, und L. 17. D. de precario in fine: praeter eum, quem rogavit uti potest, auch der Tit. D. de superficiebus (43. 18.) in principio:

qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est, nam, si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex emto agere cum domino soli potest.*)

*) Selbst die Creditores missi in possessionem konnten contra dominum nicht wegen ihres Besitzes, bloß aus diesem Besitze klagen, denn ihnen wird das Interdictum uti possidetis expresse verweigert.

L. 7. §. 8. D. uti possidetis.

creditores missos in possessionem rei servandae causa — interdicto uti possidetis uti non posse.

Dagegen aber konnten sie wegen ihres, durch die Immission erhaltenen Rechts, aus diesem Rech-

Schmidt in den Klagen und Einreden handelt von possessorischen Klagen ex jure in personam §. 791 und 792. pto. commodati, §. 804 und 805. pto. depositi §. 817. pto. sequestri. §. 948 bis 952. pto. emti venditi

te auf das Behalten des Besitzes klagen, und diente hiezu das, den processum petitorium summarium begründende, Interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.

Gewannen sie hier, so waren sie nicht in possessorio geschützt, und der dominus konnte nicht in ordinario auftreten, auch konnte er nicht das, auf die possessoria folgende, petitorium anstellen, und hier beweisen wollen, daß z. B. das Haus, worin die Creditoren gesetzt wären, sein Eigenthum sei, sondern er mußte in separato actione negatoria im weitern Verstande, siehe Numerum VII. hervorgehen, und beweisen, daß die Creditoren mit Unrecht immittirt wären.

Contra tertium hingegen konnten sie das Interdictum uti possidetis allerdings alsdann anstellen, wenn sie sich in die Klasse bloßer körperlicher Besitzer versetzen wollten; führten sie aber den Grund ihres Besitzes, die missio in possessionem an, so trat auch hier contra tertium der

§. 994 bis 1003. pto. locationis, und §. 1018. pto. emphyteuseos.

Ich bemerke hierüber kürzlich nachstehendes:

ad §. 791. Allerdings kann der dominus, wenn er sich in die Klasse eines bloßen Besitzers versetzt, und, quod bene notandum, den

summarische petitorische Prozeß ex Interdicto, ne vis fiat, ein, und mußten sie die missionem in possessionem, wenn selbige geleugnet wurde, beweisen. Bewiesen sie nun dies, und gewannen sie hier contra tertium, so konnte der tertius nicht, wie der dominus, actione negatoria hervorgehen, und beweisen wollen, daß sie mit Unrecht immittirt wären, denn daraus folgte nicht, daß er ein Recht habe, sondern er mußte sodann, wenn er in pet. summ. verloren, in separato affirmative klagen, daß ihm ein Recht, und zwar ein besseres Recht, wie den missis in possessionem, zustehe, und dies beweisen. Durfte also der dominus in actione negatoria nur dies beweisen, daß die Missi mit Unrecht immittirt wären, so half dagegen dem tertio dieser Beweis nicht, sondern er mußte beweisen, daß er ein besseres Recht habe.

Leihkontrakt verschweigt, sich eines Interdicti retinendae possessionis bedienen, er stellt sich aber sodann als den körperlichen Besitzer dar, nicht als den Besitzer eines Rechts aus dem Leihkontrakte.

ad §. 792. Das aus der Lege 12 et 18. D. de vi et vi armata vom Colono hergenommene Argument paßt hier nicht; denn der Colonus erscheint hier als wirklicher Colonus, nicht aber als einer, der im Besitze des Rechts eines Coloni sich gesetzt hätte.

Allerdings soll Jemand so überhaupt, als speciell, nach vielen Interdicten, bei seinem wirklich habenden Rechte, nicht aber beim Besitze eines behaupteten Rechts, geschützt werden.

ad §. 804. beziehe ich mich auf das ad §. 791 Gesagte. Im §. 805 lehrt Schmidt das Gegentheil von dem ad §. 792 Bemerkten. Das §. 817 Gesagte erscheint etwas undeutlich, und bedürfte einer bestimmtern Fassung.

ad §. 948 bis 952. Wer noch — der Verkäufer — oder schon — der Käufer — Eigenthümer und Besitzer ist, kann, in sofern er sich bloß als Besitzer angiebt, und des Kontrakts nicht erwähnt, ex causa possessionis rei corporalis allerdings klagen, und ist dies eine wirkliche possessorische Klage.

Nicht aber kann von einem angeblichen Käufer gegen den angeblichen Verkäufer, und so umgekehrt, ex causa des Besitzes des Rechts aus einem angeblichen Kauf- oder Verkaufkontrakte geklagt werden, und findet eine eigentliche possessorische Klage ex causa des Besitzes hier nicht statt.

Der eine Kontrahent muß vielmehr gegen den andern immer ex causa contractus klagen, und bleibt diese Klage, wenn sie auch auf Erlangen, Behalten oder Wiedererhalten des Besitzes gerichtet ist, immer petitorisch —

Eben so verhält es sich denn auch mit den §. 994 bis 1003 und §. 1018. Possessorisch wäre

hier die Klage des einen Kontrahenten gegen den Andern, wenn man sagte: ich bin im Besitze des Pachtrechts, und bitte, mich beim Besitze dieses Rechts zu schützen.

So kann man aber gegen den Verpächter nicht klagen, sondern man muß sofort sich auf den Kontrakt stützen, und bleibt diese Klage, wenn man auch auf Erlangen, Behalten oder Wiedererlangen des Pachtstücks klagt, immer eine petitorische. Denn der Besitz ist hier nur Zweck, nicht Fundament der Klage, und kann der Zweck der Klage ihre Natur nicht verändern.

Wenn ich gegen den Verpächter aus einem Pachtkontrakte klage, und wenn ich auch dabei bescheinige, daß mir das Gut tradirt worden, so liefert mein Besitzen, zufolge dieser Tradition, doch keinen weitern Beweis, als daß der Kontrakt, aus dem ich klage, in Erfüllung gegangen, und unterstützt dies natürlich meine Kontrakts-Klage selbst.

Ich kann und darf aber dies Besitzen zufolge des Kontrakts nicht als unabhängig von dem Kontrakte darstellen, und aus diesem Besitzen, als bloßem Besitzen, possessorisch klagen wollen; es kommt nämlich immer nur auf den Kontrakt an, ob ich nach selbigem besitzen dürfe, und was ich besitzen solle.

Streite ich mich mit dem domino darüber: ob ein gewisses Stück Landes mir mit verpachtet worden oder nicht; so relevirt dies, daß ich es seit einigen Jahren bearbeitet habe, nichts; denn spricht mir der Kontrakt es zu, so entsteht auch mein Recht daraus, spricht er mir es aber nicht zu, so zeigt ja der Kontrakt sofort in petitorio liquido, daß es mir nicht zustehe.

Wäre aber nach dem Kontrakte die Sache zweifelhaft, so relevirt auch hier nicht das Besitzen, sondern es kommt auf die Auslegungs-Regeln der Kontrakte, auf Vermuthungen, und darauf, qui clarius loqui debuisset, allein nur an. Wozu also die Vervielfältigung rechtli-

cher Gegenstände, nämlich ex contractu possessorische Klagen, die überdem allen Begriffen, und selbst den Gesetzen, nach welchen man nur vel ex possessione vel ex contractu klagen kann, widersprechen.

So wenig ich

1. possessorisch und petitorisch zugleich klagen kann, so wenig kann ich auch
2. ex possessione petitorisch, und
3. ex contractu etc. possessorisch klagen.

Zwar kann ad 2. in possessorio ordinario, pro colorando titulo die Rechtszuständniß selbst, und ad 3, in petitorio der Besitz mit vorkommen, und allerdings sehr releviren, jenes bleibt aber immer ein possessorium, und dieses immer ein petitorium, nämlich ratione fundamenti, als welches allein entscheidet. Daher kommt es dort nur auf den Besitz, und hier nur auf das Recht an, dort ist der Besitz, hier das Recht, zu beweisen. Ich kann in possessorio meo durchaus nicht sagen, es kommt auf das

Recht an, und in petitorio meo nicht, es kommt auf den Besitz an. Und doch werden oft Klagen der letztern Art angestellt, und vom Kläger gewonnen, wiewohl es einleuchtend ist, daß, wenn Jemand aus einem Pachtkontrakte contra dominum, hier den Verpächter, klagt, den Kontrakt beibringt, und dabei beweist, daß er im Besitze der Pachtung ex traditione oder sonst sei, und im Besitze der ganzen Pachtung oder eines gewissen Theils geschützt sein will, daß, sage ich, hier dennoch alles allein nur auf den Kontrakt ankomme.

Es können ja die Fälle hierbei eintreten, daß der Verpächter seine Unterschrift, oder die gegenseitige Erfüllung des Kontrakts leugnete, sollte dies alles denn gar nicht zur Sprache kommen, und sollte man den Pächter bloß ex causa possessionis schützen wollen?

Traten aber jene Fälle auch nicht ein; der Pächter verlangte indessen, wie vorhin angeführt, im Besitze eines Stücks geschützt zu wer-

den, wovon der Kontrakt nichts sagte, oder, wovon er das Gegentheil, indem er dies als Reservat anführte, gradezu lehrte, könnte der Pächter hier, bei diesem so klaren ihm entgegenstehenden petitorio denn doch bloß ex possessione contra contractum geschützt werden?

Wäre endlich auch die Sache ex contractu zweifelhaft, ob dies oder jenes Stück mit verpachtet sei oder nicht, so gewährt das Besitzen desselben zwar eine Vermuthung, daß nach der nicht ausgedrückten Idee der Kontrahenten dies wohl mit verpachtet sein möge, und kann wegen dieser Vermuthung, wenn sonst keine Gründe eintreten, für den Pächter gesprochen werden, es wird aber sodann für ihn nicht in possessorio ex causa possessionis, sondern in petitorio aus der, aus dem Besitze entstandenen, Vermuthung gesprochen.

Vielleicht erwiedert hierauf Jemand, „es „ist mir einerlei, ob für mich wegen dieses Ackers „ex causa possessionis, oder ex causa prae-

„sumtionis ex possessione natae gesprochen „werde; genug, wenn ich nur ferner den Acker „bebauen darf.“

Ich aber sage, nein, es ist dir nicht einerlei, denn wirst du ex causa possessionis geschützt, so lassen die Rechtslehrer deinen Verpächter resp. in possessorio ordinario und petitorio hervorgehen,

— wiewohl eigentlich ein anzustellendes possessorium ordinarium und das auf die possessoria unmittelbar folgende petitorium, von Seiten des liquiden domini, keinen vernünftigen Sinn hat —

und hast du sodann noch viele Weiterungen zu bekämpfen, wirst du hingegen ex causa praesumtionis geschützt, so hast du in petitorio gewonnen, und zwar hast du sodann, wenn in petitorio ordinario gesprochen, in Ewigkeit gewonnen; ward aber nur in petitorio summario für dich gesprochen, so kann zwar dein

Gegner noch in separato hervorgehen, er kann aber alsdann

1. kein possessorium ordinarium gegen dich anstellen,
2. kann er auch nicht das, auf die possessoria unmittelbar folgende, petitorium anstellen und beweisen wollen, daß der Acker sein Eigenthum sei, sondern er muß in separato hervortreten, und beweisen, quod bene notandum, daß du das Recht nicht habest, was dir in petitorio summario zugesprochen ist; welches alles einen wesentlichen und wichtigen Unterschied ausmacht.

Nr. V.

Vom possess. summar. vel ordin. gegen den dominum beim jure in re, mit Ausnahme der Servituten.

Spangenberg, Thibaut und Andre behaupten die Zulässigkeit, Savigny hingegen beschränkt es auf Servituten, jus in agro vectigali, und superficies.

Wer Eigenthums- Pfand- oder Erbschafts-Ansprüche machen will, muß gegen den dominum, d. h. hier, gegen den unbestrittenen Eigenthümer eines Hauses, gegen unbestrittene andere Erben, und den Eigenthümer des Pfandes aus einem wirklich habenden Rechte sofort selbst klagen.

Von einem Quasi-Besitze eines solchen Rechts contra dominum ist, so viel ich weiß, noch nie geredet worden, wenigstens habe ich nie gehöret, daß Jemand contra dominum so geklagt hätte: „ich bin im Quasi-Besitze des „Eigenthums-Rechts an diesem deinen Hause“ oder „ich bin bei dieser deiner Erbschaft im Quasi-„Besitze des Erb- oder Miterbschaftsrechts“ oder „ich bin im Quasi-Besitze des Pfandrechts an „diesem deinen Acker“.

So müßte aber geklagt werden, wenn es eine possessorische Klage intuitu juris in re sein sollte; klagt hingegen Jemand aus einem wirklich habenden jure in re auf Erlangen, Behalten oder Wiedererlangen des Besitzes der Sache, so ist dies keine possessorische, sondern eine petitorische Klage, deren Zweck den Besitz zum Gegenstande hat —

Schmidt handelt von den possessorischen Klagen beim jure in re §. 453 bis 458. pto. dominii, §. 482 bis 485. pto. servitutum,

§. 492 bis 505. pto. pignoris §. 592 bis 612. pto. hereditatis, und §. 648 et seq. pto. legatorum.

Ich bemerke hierüber nachstehendes:

ad §. 453 et seqq. Der liquide, notorische, vom Gegner anerkannte, dominus braucht nicht einmal, weder petitorisch noch possessorisch — ex causa possessionis — zu klagen, und noch weniger zu beweisen, sondern er kann bloß das officium judicis imploriren.

Vermag aber der dominus sich nicht sofort zu legitimiren, wenn ihm das dominium streitig gemacht wird, so kann er sich in die Klasse der bloßen Besitzer setzen, und ex possessione klagen.

L. 3. §. 7. D. uti possidetis: dominus autem soli — — — potior erit interdicto uti possidetis.

L. 8. §. 5. in fine D. si servitus vindicetur (8. 5.): sed et interdictum uti possidetis

poterit locum habere, si quis prohibeatur qualiter velit suo uti.

Ganz verschieden hievon sind die Klagen des Eigenthümers ex causa dominii, welche den Besitz zum Zweck und Gegenstand haben. Hieher gehören nun alle von Schmidt im §. 353. gedachten interdicta, remedia und actiones.

In Ansehung des §. 482 bis 485. pto. servitutum beziehe ich mich auf den folgenden Numerum VI.

Alle §. 492 bis 505. gedachte Klagen gründen sich auf das Pfandrecht selbst, und haben nur den Besitz zum Gegenstande und Zweck. So heißt es selbst §. 494. „Der Grund des Interdicti Salviani ist eine, der geklagten Schuld „halber, klar vorhandene Verpfändung“

Also das Jus selbst ist der Grund, nicht der, durch etwannige dahin zielende Handlungen erworbene, Besitz des Pfandrechts.

ad §. 592 bis 612. pto. hereditatis.

Im §. 592 heißt es „der Grund ist entweder die Agnition eines prätorischen Erbschafts-Rechts, oder daß man wenigstens eine größere oder gleich große Vermuthung zur Erbfolge nach dem Civilrechte hat, als der Gegner.

Der Grund ist also Recht und Vermuthung der Gesetze, nicht der durch Handlungen erworbene Besitz des Rechts, der Gegner aber ist hier nicht der dominus — der liquide selbst geständige Alleinerbe — sondern tertius non dominus.

Eben so §. 597. „Dessen Grund ist ein „Recht zur Erbfolge aus einem schriftlichen Te„stamente“

Endlich handelt der §. 648 et seq. von dem Vermächtnißnehmer, der als solcher vorliegt, nicht aber von dem, der durch gewisse Handlungen den Besitz des Vermächtniß-Nehmens erlangt hätte —

Daß die Rechtsgelehrten allenthalben, sowohl beim jure personarum, als beim jure in personam und in re so viele possessorische Rechts-

mittel aufstellen, kommt daher, daß sie nicht bloß dann eine Klage possessorisch nennen, wenn ihr Fundament der habende oder gehabte Besitz ist, sondern auch dann, wenn die Klage, in jure aliquo gegründet, auf das Behalten oder Wiedererlangen des Besitzes gerichtet ist, oder eigentlich, wenn der Besitz das Objekt der Klage ist. Keineswegs aber der Zweck, oder das Objekt der Klage, sondern lediglich und allein das Fundamentum agendi bestimmt die Frage: ob eine Klage possessorisch oder petitorisch, folglich, ob der Prozeß bei selbiger ein possessorischer, oder ein petitorischer sei?

Daher sind

1. alle Klagen auf Erlangung des Besitzes, wie ich in der Folge weiter zeigen werde, petitorisch;
2. sind alle Klagen, welche zwar den Besitz betreffen, aber ein jus zum Grunde haben, wobei es also auf das Recht selbst ankommt, wo daher und auch dieses Recht selbst bewie-

sen werden muß, petitorisch. Dagegen sind

3. nur die Klagen possessorisch, welche den habenden oder gehabten Besitz, er sei von Körpern oder Rechten, zum Grunde haben, wobei es also nur auf den Besitz, nicht auf das Recht, ankommt, und wo daher auch nur der jüngste oder ältere, Besitz bewiewerden muß

Will man jedoch alle, das Erlangen, Behalten, oder Wiedererhalten des Besitzes bezweckende Klagen ex jure aliquo possessorische fernerweit nennen, so habe ich nichts dagegen. Aber man soll sie nicht gleich den wirklich possessorischen beim Prozesse behandeln. Denn dort muß das Recht selbst bewiesen werden, und findet nach Umständen processus odinarius vel summarius, et maxime summarius, — wobei jedoch manchmal die Anstellung des separati vorbehalten wird — statt. Damit ist aber die Sache bei erlangter Rechtskraft des Urtheils zu Ende.

Hier hingegen ist bloß der Besitz zu beweisen, und wenn hier Jemand in summariissimo gewonnen hat, so ist die Sache damit nicht zu Ende, sondern es findet noch der processus possessorius ordinarius, und endlich das petitorium statt. —

Meinethalben mag man also nicht nur die Nahmen unbestimmt gebrauchen, ja sogar grade umkehren, und die petitorischen Klagen possessorische, und die possessorischen Klagen petitorische nennen; nur soll man, so wie man bei den wirklich possessorischen Klagen keinen petitorischen Prozeß einleitet, also auch bei den wirklich petitorischen Klagen keinen possessorischen, summarischen oder ordentlichen possessorischen Prozeß zulassen.

Nro. VI.

Vom possessorio summariissimo vel ordinario gegen den dominum bei Servituten.

Die Zulässigkeit eines Besitzes bei Servituten sowohl gegen den tertium non dominum, als gegen den dominum selbst, behaupten alle Rechtslehrer.

Ich gebe ihn zu, contra tertium, nicht aber contra dominum.

Ich leugne jedoch nicht, daß bei den Servituten mehrere Schwierigkeiten eintreten, wie bei andern Rechten, indem das Römische Recht, in Ansehung einiger — nicht aller — Servituten, das bloße Gehandelthaben, selbst contra dominum, begünstigt; indessen hoffe ich zu zei=

gen, daß selbst in diesen Fällen kein Besitz des Rechts, vielmehr sofort das Recht selbst, gewährt werde, und daß der hier verlierende dominus kein possessorium ordinarium oder petitorium anstellen, sondern nur in separato hervorgehen dürfe. —

Wenn man alle von den Servituten handelnde, und für den Besitz derselben angeführt werdende *) Gesetze näher prüft, so wird man finden, entweder

*) Mehrere Gesetze werden, als hievon redend, angeführt, die überall nicht hieher gehören. So gehören die von Thibaut angeführten L. 3. pr. D. de oblig. et act. (44. 7.)

Obligationum substantia non in eo subsistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.

L. 20. C. de pactis (2. 3.)

traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur,

überall nicht hieher.

I. daß sie nicht vom Besitze, sondern von einem zuständigen Rechte reden, oder

II. daß sie, wenn sie gleich vom Besitze handeln, ihm dennoch nicht gegen den dominum, sondern nur contra tertium non dominum, Wirkungen beilegen, oder

III. daß sie, wenn sie gewisse bloße Handlungen selbst gegen den dominum begünstigen, den Handelnden nicht im Besitze des Rechts der Servituten, sondern sofort im Rechte selbst schützen.

Ad I. Nicht vom Besitze, sondern vom Rechte selbst, reden

L. 10. C. de servitutibus et aqua (3. 34.) si tibi servitutem aquae *deberi* ducendae animadvertit praetor. Das Wort deberi ist nämlich nicht vom Besitze des Rechts, sondern vom zustehenden Rechte selbst zu verstehen.

L. 20. D. de servitutibus (8. 1.) quoties via, aut aliquid jus fundi, *emeretur*.

Die L. 7. D. de itinere actuque privato (43. 19.)

Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tamquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum, nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet,

enthält eine Beschränkung des Interdicti de itinere, denn nicht ein Jeder, sondern nur der Nachbar, soll diese Servitut erlangen können. Uebrigens ist es gleichviel, ob der Nachbar wirklicher dominus des angränzenden Gutes sei oder nicht, wenn er auch nur usufructuarius davon wäre.

Eigenthum und ususfructus wird hier durch den, beides umfassenden, Ausdruck „jus fundi possedisse" angezeigt.

Die L. 20. pr. D. de servit. praed. urb. (8. 2.)

Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur,

redet nicht vom Besitze der Servitut, sondern von der wirklich schon zuständigen Servitut der superficies, und sagt, daß diese Servitut beibehalten werde durch den fortgesetzten Besitz des Ueberbaues.

Dies ist sehr richtig, denn nach der Natur der Sache finden Handlungen und eigentliche Ausübungen des Rechts, wenn die superficies einmal da ist, nicht weiter statt.

Die L. 10. pr. D. si servitus vindicetur (8. 5.):

Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit,

redet bestimmt von einer durch Präscription erworbenen Servitut.

Auch Lex 11. §. 1. D. de publ. in rem actione (6. 2.) wird, als den Besitz betreffend, angeführt.

Sie redet aber de usu fructu tradito, nicht de usufructu possesso, und gewährt nicht das Interdictum uti possidetis, sondern giebt publicianam actionem.

Eben so redet auch L. 6. §. 1. D. si servitus vindicetur (8. 5.)

sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem —

nicht vom Besitze, sondern vom wirklichen Rechte, indem

1. der Ausübende petitor genannt wird;
2. hier von der Servitut, si altius extulerit, als welche per solam patientiam auch erworben werden kann, die Rede ist und
3. diese Lex nicht das Interdictum uti possidetis, sondern civilem actionem, jactum lapilli, und das, vom Interdicto uti possidetis sehr verschiedene Interdictum quod vi aut clam, *) gewährt.

*) L. 1. D. quod vi aut clam: hoc interdictum restitutorium est, et per hoc occursum est callidi-

Ad II. Nicht von Verhältnissen zu dem domino, sondern zu dem tertio, non domino, redet die oft angeführte Lex ult. D. uti possidetis

„in summa puto dicendum.“

Nur gegen den tertium non dominum wird hier das Interdictum uti possidetis gegeben. Gegen den dominum hingegen nie; hier wird vielmehr immer von der publiciana actione, so wie von andern Civilklagen geredet.

Von der superficie sagt *Menoch* de retinenda possessione pag. 102. Nro. 7. verbis:

conceditur pariter interdictum de superficiebus illi, qui turbatur in possessione superficie, quam in alieno solo habet, quod quidem exemplo interdicti uti possidetis proponitur. L. 1. §. proponitur D. de superfic.

tati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur, jubentur enim ea restituere.

ganz allgemein, daß das Interdictum uti possidetis allenthalben, also auch den dominum nicht ausgenommen, statt finde, er läßt sich jedoch, gleich vielen andern Rechtslehrern, hiebei das zu Schulden kommen, daß er aus einzelnen, aus dem Zusammenhange herausgerissenen, Gesetzen und Gesetzesstellen, argumentirt, und nicht nachforscht, nicht bloß von wem, sondern auch gegen wen die Rede sei. *) Es ergiebt näm-

*) So wenig es im allgemeinen eines Beweises bedarf, daß man, wenn von Jemandes Rechten die Rede ist, nicht bloß darauf sehen müsse, was er für Rechte habe, sondern auch gegen wen er sie habe, eben so gewiß ist es auch, daß die Gesetze in Hinsicht auf das „gegen wen“ einen großen Unterschied hier machen.

Denn so wird in Lege 17. D. de precario (43. 16.)

qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest,

der precario possidens adversus tertios als Possessor, in Rücksicht des rogati aber nicht als Possessor angesehen, und ihm das Interdictum uti possidetis gegen jene gegeben; gegen den do-

lich die genaue Ansicht des ganzen Titels de superficiebus (43. 18.) daß keinesweges contra dominum, sondern nur contra tertium, non

minum oder rogatum aber ausdrücklich verweigert.

Von diesem letzten Verhältnisse redet besonders noch L. 6. §. 2. D. de precario:

> is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum, qui concessit, remanet.

Wollte man hier die Worte „non possidet" wieder allgemein, auch adversus tertios anwenden; so könnte ihm auch gegen selbige das Interdictum uti possidetis nicht zustehen.

Eben so ist auch in dem weitern Texte dieses Gesetzes nur von Verhältnissen contra dominum die Rede:

> nam et usufructuarius inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio, et tamen non possident.

Wollte man nun besonders vom usufructuarius sagen, er werde überall nicht als Besitzer angesehen, so könnte ihm auch in L. ult. D. uti possidetis (43. 17.) das interdictum uti possidetis nicht verstattet werden.

dominum das Interdictum uti possidetis statt finden sollte.

Im Anfange wird von den Verhältnissen contra dominum geredet, und da heißt es, qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est, nam, si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex emto agere cum *domino* soli potest.

Also contra dominum soll er nicht aus dem Besitze,*) sondern aus dem Kontrakte, falls

*) *Federkiel* Dissertatio de tituli probatione 1667. positio XII.

In Interdicto quoque de superficiebus circa tituli probationem quid obtineat, indagare fas est. Nobis placet distinctio glossae ad L. 1. §. 2. ff. de Superf. Utrum inderdicto hoc experiatur quis contra ipsum dominum, an vero contra extraneum. Casu posteriori nulla tituli probatio exigitur ab actore, sed sufficit, si is simplicem tantum possessionem demonstret, modo non ab adversario vi, clam, aut precario possideat, per text. expressum d. l. 1. priori autem casu victoriam actor aliter sibi spondere nequit, nisi causam possessionis suae alleget et probet, ratio-

ein Kontrakt gemacht, und die superficies nicht sola patientia erworben ist, auf Erfüllung desselben klagen, auch kann er bei Störungen des domini ad interesse aus dem Kontrakte klagen.

Nun heißt es weiter daselbst:

sin autem ab alio — nempe tertio, non domino — prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus, et cedere.

Weil dies jedoch, wie ferner gesagt wird, weitläufig ist, auch der Kontrakt hiebei erst docirt werden müßte, der conductor aber intuitu tertii als Besitzer erscheint, so soll es der Weitläufigkeit der Cession nicht bedürfen, sondern

nem hujus distinctionis satis manifestam post Bart. tradit Bacchov. ad Treutt. vol. 2. disput. 25. tit. 9. Quod cum dominium rei superficiariae directum semper remaneat penes concedentem, eo ipso praesumtio refragetur actori, quod is vi, clam, aut precario obtineat possessionem, quam praesumtionem vix alio modo elidere potest, ac si titulum et causam alleget et probet.

dem conductor sofort durch das Interdictum uti possidetis contra tertium geholfen werden.

Ad III. Hievon handeln:

L. 1. § 2. D. de servitutibus praed. rust. (8. 3.) traditio plane et patientia servitutum inducet officium praetoris.

L. 11. pr. D. de publiciana in rem actione (6. 2.) si ego emi, et mea voluntate alii res sit tradita, imperator Severus rescripsit, publicianam illi dandam.

Vorzüglich aber §. 1. *ibidem:* si de usufructu agatur tradito, publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte, si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci, item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Diese, so wie mehrere andere Gesetze erfordern nicht bonam fidem und justum titulum, sondern allein nur traditionem, vel pa-

tientiam, und gewähren gegen den dominum selbst, da sie nicht das Interdictum uti possidetis, sondern publicianam *) geben, nicht Besitz, sondern sofort ein Recht. — Jedoch versteht es sich von selbst, daß die Tradition und patientia, wenn sie gegen den dominum Wirkung haben sollen, nicht von Seiten eines Dritten, sondern vom domino selbst geschehen sein müssen. —

*) Daß actio publiciana auch contra dominum — denn nur von diesem kann es „forte si per dominum quis suam passus est“ gesagt werden — hier statt finde, scheint eine Anomalie zu sein. Es begründet sich jedoch hinlänglich dadurch, daß der dominus wegen seiner Tradition oder patientia als infirmiori jure possidens anzusehen war.

Eine Realklage sollte hier eintreten; gegen den tertium, non dominum, bedurfte es nicht der reivindicationis, eben so wenig aber auch gegen den dominum, weil es nicht nöthig war, gegen ihn selbst das dominium auctoris zu beweisen, sondern es genügte schon dessen eigene patientia vel traditio.

Ferner gehören hieher:

L. 2. §. 2. D. de interdictis (43. 1.) quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato, *) nam proprietatis causam continet hoc interdictum. Sed et illa inter-

*) In den Beiträgen zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechts-Wissenschaft 4ten St. S. 49. sagt Hufeland, daß die Lex 3. §. 13. D. de itinere actuque privato schon deshalb keiner sichern Anwendung fähig sei, weil ganz deutlich bloß über das Interdict darin gesprochen und verfügt werde, wobei bekanntlich der Besitz alles entscheide.

In den folgenden Worten „da nun dasselbe von der petitorischen Klage gradezu nie gilt, scheint er, wenn über das Interdictum gesprochen worden, die Anstellung des separati nicht zugeben zu wollen, welches ich, weil nur processus summarius hier obwaltete, jedoch verstatten zu können glaube.

Schmidt in Klagen und Einreden verweiset §. 173. mehrere Interdicte, z. B. de superficie, de itinere etc., bestimmt zu den petitorischen Klagen.

dicta, quae de locis sacris et religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent, item illa de liberis exhibendis, quae juris tuendi causa diximus competere, ut non sit mirum, si quae interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis, non possessionis, causam habeant.

L. 1. §. 45. D. de aqua quotidiana (43. 20.) meminisse autem debemus, in hoc interdicto totam quaestionem finiri adsignationis, non enim praeparat hoc interdictum causam, ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet jus adsignatum sibi, aut non habet, et interdictum totum finitur.

Unleugbar wird in diesen Gesetzen sofort ein Recht selbst gewährt, *) und der Handelnde

*) Jedoch muß es nicht erhellen, daß der Nachbar nicht in der Absicht, eine Servitut zu erlangen

beim Rechte geschützt, jedoch nur summarisch, das Separatum kann der dominus annoch wiederum anstellen.

Ich bemerke hierbei kürzlich noch etwas. A. über die Erwerbung der Servituten, B. über die dabei eintretenden Klagen, und C. über den dabei statt findenden Prozeß.

oder auszuüben, die gedachten Handlungen vorgenommen habe.

Denn so hat das Interdictum de itinere nicht statt, wenn der Nachbar wegen Zerstörung der Landstraße über den Acker eines Andern fuhr. L. 1. §. 6. D. de itinere actuque privato (43. 19.) Vivianus recte ait, eum, qui propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, non videri omnino usum: itaque inutile esse interdictum, non quasi precario usum, sed quasi nec usum. Ergo secundum hoc nec utro usus videtur; multo enim minus illo usus est, per quem non iit, propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via interrupta erat. Idem erit dicendum, et si non erat via publica, sed iter privatum, nam et hic eadem quaestio est

Ad A. Die Römischen Servituten — das Recht selbst — werden erworben *)

1. durch Verjährung.

Hievon handelt unter andern L. 10. D. si servitus non vindicetur: si quis diuturno usu, et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit. *Dabelow* System §. 1571 et 1572.

2. Wenn schon ein Titel auf die Servitut da ist, vel per patientiam, vel per traditionem. Die Servituten werden nicht bloß per titulum erworben, sondern es muß entweder patientia oder traditio hinzukommen.

*) Der von Höpfner §. 352. gedachte Fall, daß die Obrigkeit eine Servitut bestellt, gehört eigentlich nicht hieher. Auch bemerke ich, daß ich hauptsächlich von der Erwerbung affirmativer Servituten rede, indem bei den negativen in Ansehung der patientia, traditio und Entstehung, einige Abweichungen eintreten.

Ein pactum gewährt nur ein jus ad rem., nicht in re, S. Höpfner §. 352. Steht aber Jemanden eine Servitut ex testamento zu, so erhält er zwar ein jus in re, es wird aber dennoch zu ihrer Erwerbung traditio vel patientia erfordert. L. 3. pr. D. de usufructu (7. 1.) omnium praediorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur, dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur utifrui. *)

*) Diese Lex beweiset, daß traditio und patientia nicht, wie viele Rechtslehrer glauben, einerlei seien, sondern daß ein wesentlicher Unterschied zwischen ihnen statt finde. Denn es wird beim dare ein Unterschied zwischen inductio in fundum und patientia gemacht, wie es denn auch nach der Natur der Sache nicht einerlei ist, ob Jemand Handlungen vornimmt, oder ob er sich bloß leidend verhält.

In Ansehung der Induktion ist jedoch zu bemerken, daß es nicht allemal einer wirklichen Einfüh-

Böhmer introductio in jus Digestorum ad titulum de legatis et fideicommissis §. 16. possessio tamen ipso jure non transit, nec apprehendi potest propria auctoritate, sed ab herede praestandaest.

3. Bei einigen Servituten per solam patientiam, ut et per solam traditionem.

Ich beziehe mich dieserhalb auf das vorhin ad III. Gesagte.

Ad B. in Ansehung der, auf diese solchergestalt erworbenen Servituten contra dominum zustehenden Klagen verhält es sich,

1. betreffend die durch Verjährung erworbenen Servituten, wie bei andern verjährten Rechten;

rung oder Anweisung bedürfe, sondern daß es mehrere Arten der Induktionen gebe. L. 52 §. 2. D. de acquirenda vel amittenda possessione. species inducendi in possessionem alicujus rei est, prohiberi, ingredienti vim fieri.

2. betreffend die nicht nur per titulum zuständigen, sondern auch durch traditio oder patientia erworbenen, steht actio publiciana zu;

3. betreffend die per solam patientiam vel per solam traditionem erworbenen, so stehen hierüber

a. wenn eine lex civilis dieses Recht gewährt, actio publiciana

b. wenn aber ein Interdict dieses Recht gewährt, diese Interdictsklage zu. —

So verhält es sich bei den wirklich erworbenen; anlangend hingegen die zwar per titulum zuständigen, aber noch nicht per traditionem vel per patientiam erworbenen Servituten, so treten derenthalben die konfessorischen Klagen ein.

Da dies jedoch nur ein allgemeiner Name aller Klagen dieser Art ist, so müssen sie jedesmal auch auf specielle causas, emti, con-

ducti etc. gestützt, und diese causae dabei bewiesen werden. *)

Ad C. In Rücksicht des Prozesses bemerke ich folgendes.

Verliert der dominus bei vorgedachten, wider ihn angestellten Klagen in processu ordinario, so ist die Sache hiermit zu Ende, und

*) Diese konfessorischen Klagen unterscheiden sich daher merklich von den andern, besonders den Interdictsklagen.

Denn so ist nach dem L. 2. §. 3. D. si servitus vindicetur: (8. 5.) Pomponius dicit, fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est; alibi enim de jure, ut in confessoria actione, alibi de facto, ut in hoc interdicto, quaeritur, bloß der Thatumstand „usus hoc anno" hier zu bescheinigen, in der konfessorischen Klage hingegen müssen die causae bewiesen werden, auch tritt bei den Interdictsklagen immer processus summarius, dort in regula, auch heut zu Tage, processus ordinarius, ein. Die Interdictsklagen sind daher, wenn nämlich Jemand den in einigen Interdicten verlangt werdenden Thatumstand für sich hat, die vortheilhaftesten, und muß man nur eventualiter zu andern Klagen schreiten.

er kann sich überall nicht weiter helfen. Verliert er aber bei etwa vorliegenden Bescheinigungen, oder besonders bei den Interdictsklagen nach der Natur dieser Prozesse, in processu summario, so kann er, — da gegen ihn nicht in possessorio summario vel ordinario, sondern in petitorio erkannt worden, — so wenig in possessorio ordinario klagen, als ein, auf Beweis des Eigenthums, wie in petitorio wegen körperlicher Dinge, gerichtetes petitorium anstellen, weil sein Eigenthum nicht geleugnet worden, und der Andere, ungeachtet seines Eigenthums und seiner natürlichen Freiheit, gegen ihn obsiegte, sondern er muß in separato klagen, und seine illiquiden Leugnungen, so wie seine illiquiden Schutzreden beweisen.

Hievon, und zwar in specie von einem Falle, wo der dominus in den vorhin gedachten Interdicten verloren hat, redet L. 7. D. de aqua quotidiana:

Si de via, itinere, actu, aquaeductu

agatur, hujusmodi cautio praestanda est, quamdiu quis de jure suo doceat, non se impediturum agentem, et aquam ducentem, et iter facientem.

Der dominus ist hier der impediturus, sein Gegner aber der agens, aquam ducens, et iter faciens.

Soll nun der dominus, quamdiu de jure suo doceat, Kaution dafür stellen, daß er den Andern nicht hindern wolle, so setzt dies natürlich den Fall voraus, daß er verloren habe, denn so heißt es in lege 7. D. si servitus vindicetur: harum actionum eventus hic est, ut victori officio judicis aut res praestatur, aut cautio, auch würde es ganz widerrechtlich sein, von einem domino wegen bloßer Ansprüche eines Andern eine solche Kaution zu erfordern, und zu verlangen, daß er de jure suo dociren solle.

Der sich in Ruhe befindende, oder erst verklagte dominus hat nicht nöthig, de suo

jure zu dociren, und braucht er dies nicht eher zu thun, als bis er verloren hat.

Da er aber, wenn er rechtskräftig in processu ordinario verloren hat, überall nicht weiter de jure suo dociren darf, so folgt, daß hiervon, nach dem Verluste in summario petitorio anzustellenden, separato die Rede sein müsse.

Schließlich bemerke ich in Ansehung der sogenannten deutschen Servituten nachstehendes.

Höpfner in seinem Commentar über die Heineccischen Institutionen sagt hievon im §. 347 S. 335.

„In Deutschland giebt es noch eine dritte Art von Dienstbarkeiten. Sie kommen nicht allen Besitzern eines Grundstücks, sondern einer Person zu; sind aber doch nicht auf diese Person eingeschränkt. Sie gehen auf die Erben, man kann sie auch an Andre veräußern z. B. Jemand kann das Zehendrecht haben, dergestalt, daß er es auf seine Er-

ben zu transferiren, daß er es zu verkaufen, zu vertauschen, zu verschenken befugt ist. Diese Servituten waren den Römern unbekannt"

Ich glaube diese sogenannten Servituten bei der Lehre vom Quasi-Besitze ausschließen zu dürfen. Denn, auch abgesehen davon, daß nach Thibaut ein singulare nicht ausgedehnt werden soll, und also das, was die Römischen Gesetze von Römischen Servituten sagen, auf deutsche Institute, ohne besondere neue Gesetze, nicht erstreckt werden mag, so sind doch dies überall keine eigentliche Servituten, sondern es sind gewisse Rechte, die man per pactum erlangte, die als reservirter Kanon erscheinen, welche im Testamente vermacht wurden, oder wirklich aus Anleihen erwuchsen, u. s. w. So haben viele Kirchen aus Landgütern und Häusern eine jährliche Abgabe an Korn, Geld, u. s. w. zu genießen; es wird dies aber nie eine Servitut, sondern es wird ein Recht, eine stehende Hebung, u. s. w.

genannt, deren Erwerbungsarten sehr verschieden sind.

Hier tritt in Ansehung des Quasi-Besitzes in der Regel das ein, was Spangenberg §. 104. vom Besitze der Zinsenzahlung sagt.

Betreffend hingegen die von Höpfner §. 351. gedachten iura bannaria, etc. so sind diese eben so, wie die erst gedachten bei der Lehre vom Quasi-Besitze, auszuschließen, weil, auch abgesehen davon, daß nach dem Römischen Rechte keine Servituten in faciendo *) bestehen können,

*) Höpfner kann, wie er in dem eben angeführten §. 351. sagt, es sich nicht erklären, warum die Römer keine Servituten in faciendo bestehen lassen wollen. Mir scheint es daher zu kommen, daß ihnen dies zu sehr nach Sklaverei schmeckte. Von solchen Servituten hätte man sich nicht, wie z. B. bei dem Kontrakte do ut facias durch Prästation des Interesse frei machen können. Selbst der Römischen, nicht in faciendo bestehenden, Servituten konnte man aber sich entledigen, wenn man die Sache derelinquirte.

L. 6. §. 2. in fine D. si servitus vindicetur. Labeo autem, hanc servitutem non hominem

sie eigentlicher, wie Höpfner sagt, Privilegien und Monopolien seien, weshalb denn nicht die über Besitz, sondern über Privilegien und Monopolien eintretenden Grundsätze hier zu beachten sind. — Mögen indessen diese sämmtlichen jura auch heut zu Tage Servituten genannt und solchergestalt behandelt werden, so ist es doch gewiß, daß auch bei ihnen, eben so wie bei den wirklichen Römischen Servituten, der Quasi-Besitzer gegen den dominum oder den Verpflichteten, wegen ihres Besitzes, der possessorischen Rechtsmittel sich nicht bedienen könne, vielmehr, da es hier bloß auf Verträge Privilegien, Testamente, Verjährung, u. s. w. ankommt, sofort petitorisch ex pacto, privilegio u. s. w. klagen müsse —

debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere, scribit.

Nr. VII.

Von der negatorischen *) Klage.

Soll nicht jede Klage, worin expresse vel implicite vorkommt, "ich leugne„ eine Negatorienklage sein, so muß sie auf einen bestimmten, ihr eigenthümlichen, Fall beschränkt werden.

Hiebei kommen folgende Fragen zur Erörterung.

1. von wem wird sie angestellt?
2. wann wird sie angestellt? und
3. was muß dabei bewiesen werden?

Ad 1., nur der dominus, z. B. der dominus fundi gegen den usufructuarium etc.,

*) Negatorisch im weitern Verstande, mithin nicht bloß die negatoriam in specie sic dictam, sondern auch die negativam, in sich schließend.

kann die actionem negatoriam anstellen, so wie actio confessoria und affirmativa nur gegen den dominum, — dominum seiner Person und Sachen — nicht gegen einen Dritten, angestellt werden können. L. 6 § 3. D. si servitus vindicetur: (8. 5.) haec autem actio in rem magis est quam in personam: et non alii competit, quam domino aedium, et adversus dominum, sicuti caeterarum servitutum intentio. —

Streitet sich ein Quasi-Besitzer mit einem Dritten, non domino, Sempronio, über das Recht auf Cajum, so ist dieser Prozeß so, wie der über körperliche Dinge; sie streiten sich in possessorio summario demnächst in ordinario und endlich in petitorio.

Verliert hier in petitorio ordinario Jemand, so ist die Sache zu Ende, verliert aber Jemand nur in petitorio summario, so kann er in separato hervorgehen, und zeigen, daß er doch ein besseres Recht als sein Gegner habe.

Auf diesen Beweis aber beschränkt sich hier diese ganze Sache; der Beweis hingegen, der in actione negatoria vorkommt, daß der Andre das Recht nicht habe, welches ihm in petitorio summario zugesprochen worden, kommt hier nicht zur Sprache, und würde auch nicht helfen, denn aus dem Beweise, daß der Gegner das Recht nicht habe, folgt nicht, worauf es hier ankommt, daß man selbst das Recht hat.

Ad 2., der dominus darf nicht in possessorio summario vel ordinario verlieren, mithin darf er auch nicht in die Lage kommen, das auf die possessoria folgende petitorium anstellen zu müssen. Der dominus darf vielmehr nur in einem, gegen ihn angestellten, petitorio verlieren; verliert er in ordinario, so ist die Sache zu Ende; verliert er aber in petitorio summario, so kann er in separato hervorgehen. Die von ihm hier in hocce separato anzustellende Klage ist nun aber die alleinige, wahre und

ächte Negatorien-Klage, bei welcher dem Kläger allerdings die Beweislast aufliegt.

Ad 3., Der dominus, z. B. der dominus fundi gegen den usufructuarium etc. darf in actione negatoria nicht beweisen, daß er dominus fundi sei — so wie es vorhin dem tertio freigegeben ward, zu beweisen, daß er doch ein besseres Recht auf Cajum habe, als sein Gegner — denn, daß er dominus fundi sei, ward gleich Anfangs nicht geleugnet, und lag vor, und würde ihm dieser Beweis nicht helfen, weil der Gegner, ungeachtet daß dies vorlag, gewonnen hat.

Es bleibt ihm also nichts übrig, als zu beweisen, daß der Gegner das Recht, z. B. den usumfructum, welcher ihm in petitorio summario zugesprochen worden, nicht habe. Beweisen aber muß er, weil er in petitorio verloren hat und beweisen darf er annoch, weil er nur in petitorio summario verloren hat.

Also nur die Klage ist negatoria,

1. welche vom domino angestellt werden kann,
2. welche vom domino nach dem Verluste in petitorio summario angestellt wird, und wobei
3. er beweisen muß, nicht, daß er dominus seiner Person oder Sachen sei, sondern, daß der Gegner das Recht auf seine Person oder Sachen nicht habe, welches demselben in petitorio summario zugesprochen worden.

So wie ich nun die negatorische Klage solchergestalt beschränke, so dehne ich ihre Statthaftigkeit wieder auf alle jura aus.

Hat nämlich der dominus — dominus seiner Person — in petitorio summario bei der ex jure personarum vom Gegner angestellten actione affirmativa *) verloren, und tritt in separato hervor, so ist dies actio negato-

*) Der Name „affirmative Klage“ ist eben so allgemein wie der Name „konfessorische Klage“ und, so wie bei den konfessorischen Klagen die speciellen causae bewiesen werden müssen, so muß es auch bei den affirmativen geschehen.

ria — in specie negativa sic dicta — und muß er hier beweisen, daß der, seinem Gegner in petitorio summario zugesprochene status, die Kindschaft, die Vaterschaft, die Dienstherrschaft u. s. w. demselben nicht zukomme. Beim jure in personam findet, wenn der dominus, d. h. hier der ex contractu, lege, testamento etc. verpflichtete, in petitorio summario in der vom Gegner wider ihn angestellten Kontrakts- oder sonstigen Klage verloren hat, und nun in separato hervorgeht, gleichfals die actio negatoria, welche hier von den Rechtsgelehrten keinen besondern Namen erhalten hat, statt, und muß der dominus beweisen, daß das dem Gegner zugesprochene Recht ihm dennoch nicht zustehe.

Eben so findet endlich auch bei allen juribus in re in den eben gedachten Fällen die negatoria actio — welche hier von den Rechtsgelehrten nur in Hinsicht auf Servituten negatoria in specie genannt wird — statt, und muß der dominus fundi, aedium, etc. beweisen, daß

das dem Gegner in petitorio summario zugesprochene Recht dennoch ihm nicht zustehe.

Mit diesem Falle, wo die Negatorienklage allein nur eintritt, sind nachfolgende zwei Fälle, welche ihm in der Hinsicht, daß auch der dominus sie anstellt, und auch bei ihnen leugnet, ziemlich nahe kommen, nicht zu verwechseln. Denn, wenn sie gleich das erste Requisit mit der wahren actione negatoria gemein haben, daß der dominus sie anstellt und bei ihnen leugnet, so sind sie doch in der zweiten Frage: wenn werden sie angestellt, wesentlich von ihr verschieden, so wie sie denn auch bei der dritten Frage: was muß dabei bewiesen werden, gänzlich von einander abweichen.

Der erste Fall ist der.

Der dominus, der noch nicht verklagt ist, und sich noch in Ruhe befindet, will von einem Andern gestört werden, und erhebt gegen ihn Klage. Zwar wird der dominus hier leugnen, daß der Andre ein Recht auf ihn habe; er bittet

aber bloß um ein Inhibitorium, so wie er, wenn ein Andrer sich nur eines Rechts auf ihn berühmt, ex lege diffamari gegen ihn klagt.

Geschehene oder bevorstehende Turbation, so wie Diffamation muß der dominus hier allerdings beweisen, nicht aber dies, daß der Andere kein Recht auf ihn habe, sondern der Andre muß beweisen, daß er ein Recht auf ihn habe, ja er muß sogar nach Umständen Kaution bestellen *)

*) Im zweiten Abschnitte der in No. VI. angeführten legis 7. D. de aqua quotidiana wird dieses Falls gedacht, wenn es am Ende daselbst heißt:

quod si neget — dominus — jus esse adversario agendi, aquae ducendae, cavere sine praejudicio amittendae servitutis debebit — adversarius — donec quaestio finietur, non se usurum.

So wie im ersten Abschnitte dieser Legis davon die Rede ist, daß der verloren habende dominus seinen geschützten Gegner dafür Kaution machen solle, daß er demselben, bis er, der dominus, wieder obgesiegt, nicht stören wolle, so ist hingegen hier im zweiten Abschnitte davon die Rede, daß der noch nicht geschützte Gegner, so lan-

Der zweite Fall ist der.

Der dominus war ex causa juris alicujus, mithin petitorisch verklagt, und hat in petitorio ordinario rechtskräftig verloren. Nun kann er zwar auch jetzt noch leugnen wollen, daß der Andre ein Recht auf ihn habe, dies wird ihm aber nichts helfen, denn die Sache ist ein für allemal zu Ende.

So wie ich nun diesem zufolge die vom domino anzustellende Negatorienklage auf den Fall beschränke, daß er in petitorio, nicht in possessorio, und zwar in petitorio summario verloren, und nun in separato hervorgeht, so nehmen dagegen die Rechtslehrer diesen Fall nicht an, vielmehr

1. den, wo der dominus sich noch in Ru-

ge derselbe nicht geklagt, oder nicht gewonnen hat, dem domino Kaution dafür machen solle, daß er sich der in Anspruch genommenen Servitut nicht bedienen wolle; jedoch soll ihm aus dieser Kautions-Leistung kein Nachtheil erwachsen.

he befindet, und nur auf ein Inhibitorium anzutragen nöthig hat. *)

2. Lassen sie auch die negatorische Klage des domini auf seinen Verlust in possessorio folgen.

*) Schmidt §. 466. sagt:
„der Grund der actionis negatoriae directae
„ist die Verneinung der Dienstbarkeit, und
„daß man von dem Gegner in der natürlichen
„Freiheit beunruhigt werde“
und soll ich, nach §. 469, bitten
„zu erkennen, daß mein Gut frei sei.“
Ich hingegen behaupte: daß ich, wenn ich, der dominus, nicht in petitorio summario verloren, sondern der Andre mich bloß in meiner natürlichen Freiheit beunruhigt, ich so hier, wie bei jeder andern Anmaßung und Verletzung meiner Person und Sachen, bloß um ein Inhibitorium bitten dürfe, nicht aber nöthig habe, zu bitten, daß erkannt werde, mein Gut sei frei, oder der Andre habe kein Recht auf mein Gut, als welches der Richter nicht ohne nähere Untersuchung thun dürfte Denn ein anderes ist zu erkennen, du hast keine Rechte auf Cajum, und ein anderes ist es, Jemand Angriffe und Anmaßungen auf Cajum überhaupt, oder, so lange bis er bewiesen, daß er Rechte auf Cajum habe, zu verbieten.

Aber auch davon abgesehen, daß nach meiner Meinung der dominus überall nicht in possessorio verlieren darf, so geht dies doch schon aus andern Gründen nicht an.

Denn hätte der dominus in dem wider ihn angestellten possessorio summario verloren, und wollte er in possessorio ordinario wieder auftreten, so würde doch dies nie eine negatorische Klage sein können, weil in den negatorischen Klagen ein Recht zur Sprache kommt, in possessorio ordinario aber nur vom Besitze, dem ältern oder bessern Besitze, die Rede ist.

Wollte er aber auch in petitorio sogleich auftreten, so würde zwar hier ein Recht zur Sprache kommen, jedoch nicht das Recht, was in dem auf den Verlust in possessorio folgenden petitorio zur Sprache kommt.

Nämlich in diesem petitorio kommt, nachdem es sich in possessorio ergeben, daß ich nicht im jüngsten oder ältern Besitze einer Sache oder

eines Rechts sei, dies zur Erörterung, ob mir die Sache oder das Recht wirklich zustehe. *)

Hier kann ich nur affirmative klagen; ich muß 1. behaupten, daß mir das Recht zustehe, 2. bitten, daß es mir zuerkannt werde, und endlich 3. beweisen, daß es mir zukomme.

Mit einem Leugnen kann ich hier nicht anfangen, daß dem Gegner das Recht, in dessen Besitze er geschützt, nicht zustehe, und wenn ich auch bewiese, daß es ihm nicht gebühre, so hilft mir dies nichts, weil daraus nicht folgt, daß es mir zustehe.

Dies petitorium kann nun der dominus überall nicht anstellen, denn sein dominium lag schon in dem possessorio seines Gegners vor, und

*) Lex 35. D. de acquirenda vel amittenda possessione (41. 2.) exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronuntiet judex uter possideat: ita enim fiet, ut is, qui victus est de possessione, petitoris partibus fungatur et tunc de domino quaeratur.

kann nach den Worten der angeführten Legis 35. D. de acquir. vel amitt. poss. — et tunc de dominio quaeratur — darüber, wer dominus sei, keine Untersuchung weiter angestellt werden.

Ward nun aber sein dominium bei dem possessorio seines Gegners nicht beachtet, und ward der Gegner geschützt, so würde es ihm jetzt nichts helfen, wenn er beweisen wollte, daß er wirklich dominus sei.

Dem dominus, der verloren hat, bleibt daher nichts übrig, als 1. negative zu klagen, daß dem Andern das gewonnene Recht nicht zustehe, 2 zu bitten, daß es demselben aberkannt werde, und 3. muß er beweisen, daß dem Andern das gewonnene Recht nicht zustehe. Beweiset er dies, so hilft es ihm allerdings, denn sein dominium wird dadurch purificirt, und ist hier der Fall anders, als beim non domino, welchem der Beweis, daß es seinem Gegner nicht zustehe, nicht hilft, weil er beweisen muß, daß es ihm selbst zustehe.

Ich sage also überhaupt in Ansehung der Negatorienklage kurz zusammen gezogen dies.

1. Der dominus darf nicht in possessorio verlieren, und daher kann er auch nicht in den Fall kommen, das auf die possessoria folgende petitorium anstellen zu müssen.

2. Der dominus darf nur in petitorio verklagt werden, und hat er hier in petitorio summario verloren, und geht nun in separato hervor, so stellt er hier die eigentliche actionem negatoriam an, und muß er hier beweisen: daß der Andre das Recht nicht habe, welches in petitorio summario demselben zugesprochen worden.

In Ansehung dieses vom domino zu führenden Beweises füge ich nun aber noch dies hinzu.

So wie man in jedem separato seine vorherigen illiquiden Gegenreden und Schutzreden *) beweisen kann, so kann auch in hoc separato der dominus beweisen:

*) Ich bediene mich hier der Ausdrücke des ersten

a. intuitu seiner vorherigen illiquiden Gegenreden,

z. B. daß der Kontrakt, der Wechsel, das Testament, etc. aus welchem der Gegner in petitorio summario gewonnen, falsch sei.

b. intuitu seiner vorherigen illiquiden Schutzreden aber dies:

z. B. daß seine exceptiones solutionis, transactionis remissionis etc. dennoch wahr seien.)

Nachtrages zur Skizze einer neuen Theorie der Klagen und deren Bestreitungen, Rostock 1802. Sollen zwar zufolge dieses Nachtrages S. 66 die Gegenreden in der Regel nicht von dem, selbige vorbringenden, Theile bewiesen werden, so tritt hier doch nach S. 31 und 35 ebendaselbst der Fall ein, daß der dominus bereits verloren hat, als weshalb er in dieser Lage der Sachen nicht nur, wie sich von selbst versteht, seine vorigen illiquiden Schutzreden, sondern auch seine vorherigen illiquiden Gegenreden, beweisen muß.

Nr. VIII.

Vom Streite der Rechtsgelehrten, über die Frage: wer bei der negatorischen Klage beweisen müsse?

§. 1.

Ehe ich mich zur Erörterung dieses Streits wende, muß ich vorläufig bemerken:

1. daß beide streitende Theile den Quasi-Besitzer nicht nur contra tertium, sondern auch contra dominum, in possessorio summario et ordinario schützen,

2. daß demnächst einige Rechtslehrer dem in possessorio summario Verlierenden die Anstellung des ordinarii poss. verstatten, *) die

*) Dieserhalb kommt denn auch manchmal in den Urtheln die Formel „bis er in ordinario vel petitorio ein anderes dargethan haben wird," vor,

mehresten aber ihn sofort ad petitorium verweisen, und

Diese Anstellung des processus possessorii ordinarii findet allerdings statt von Seiten des verloren habenden tertii, nicht aber von Seiten des verloren habenden domini. Hier lassen sich nämlich nur zwei Thatsachen gedenken, welche von ihm bewiesen werden könnten, entweder

1. daß er, der dominus, sein Eigenthum vorher, ehe der Gegner den Besitz eines Rechts auf selbiges erworben, ruhig genossen und gebraucht habe, oder
2. daß der Gegner vor dem Besitze, dessenthalben er jetzt gesiegt, nicht im Besitze gewesen sei, oder einen vorherigen Besitz verloren habe.

Beide Beweise werden aber dem domini nichts helfen, denn, da man auf sein klar vorliegendes, ehemaliges und jetziges Eigenthum in possessorio seines Gegners nicht geachtet hat, so würde man auch nicht darauf geachtet haben, wenn er jene Beweise geführt hätte, denn der Beweis, daß man sein Eigenthum vorher ruhig genossen, ist nicht besser, als der Beweis, dies ist und war mein Eigenthum; dieser Beweis ist immer der beste, und wird immer, selbst in den strengsten Fällen, allein nur erfordert.

3. daß beide Theile die in diesem resp. possessorio ordinario und petitorio von dem ver=

So wie man nun aber, wenn der dominus in actione negatoria sein dominium beweisen wollte, ihm sagen würde, dies hilft dir nichts, denn dies lag schon beim possessorio deines Gegners vor, und dein Gegner ist demungeachtet im Besitze geschützt, so würde man auch hier, wenn der dominus jene Beweise führen wollte, ihm sagen, dies hilft dir nichts, denn ob du dein Eigenthum vorher ruhig genossen, oder ob der Gegner vorher einen andern Besitz verloren hat, das macht nichts aus. Dein Gegner ist geschützt im jetzigen Besitze eines Rechts auf dein Eigenthum; ein Recht auf dein Eigenthum kann aber sehr gut neben deinem Eigenthume bestehen, und zwar, nicht nur in dem Falle, wenn du dein Eigenthum überall noch nicht gebraucht hast, sondern auch in dem Falle, wenn du es vorher, ruhig und ohne daß jemals ein Anderer ein Recht daran ausgeübt, gebraucht hast

Die meisten Rechtslehrer verstatten daher auch nicht das possessorium ordinarium in diesem Falle. Zwar sagen sie ausdrücklich, und mit Anführung von Gründen, dies nicht, sie sagen es aber implicite, indem sie allemal sogleich vom petitorio reden, und des ordinarii überall nicht erwähnen —

loren habenden anzustellende Klage actionem negatoriam, nämlich im weitern Sinne, die negativam und die negatoriam in specie sic dictam in sich begreifend, nennen.

Ich werde mich jetzt nur mit denen beschäftigen, welche den verloren habenden sofort ad

Schließlich wiederhole ich es, daß bisher zu Folge der Natur des, nach verlornem possessorio summario anzustellenden possessorii ordinarii nur von einem vorherigen Besitze vor dem Besitze des Gegners, in welchem derselbe geschützt worden, die Rede war; und daß der dominus ein solches possessorium ordinarium nicht anstellen könne.

Vielleicht aber denken sich die Rechtsgelehrten, welche das possessorium ordinarium dem domino verstatten, den Fall, daß der dominus sich, seitdem er verloren, wieder in Besitz gesetzt habe. Aus diesem nachherigen Besitze verstatte ich auch dem domino eine possessorische Klage, es gründet sich aber dieser Besitz auf ein neues, nachheriges, factum, gewährt eine eigne neue, vom Kläger zu beweisende, Klage und kann dies nicht ein nach verlornem summario, anzustellendes ordinarium genennt werden. Mehreres wird in der Folge hievon vorkommen.

petitorium verweisen, werde zuerst den Streitfall, und die Beweissätze berichtigen, und demnächst meine Meinung darüber darlegen.

§. 2.

Zufolge der, von seinen Gegnern angenommenen, Aufstellung von Hufeland in seinen Beiträgen zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften 4ten Stücks S. 42. „wenn nach dem possessorischen Prozeß, „in dem Jemand geschützt worden, gegen diesen „ein petitorischer Prozeß, also die Negatorien„klage, angestellt würde“ ist der Streitfall der, daß der Quasi *) Possessor in summario vel odinario **) geschützt wäre, und der Andre stellte nun das petitorium an.

Dies ist aber selbst nach der eigentlichen Intention der streitenden Theile noch nicht be-

*) Nur der Besitz von Rechten, nicht von Körpern, steht hier zur Sprache.

**) Bloß von Retention, nicht von Recuperation, oder Erlangung des Besitzes ist hier die Rede.

stimmt genug. Denn der Andre kann sowohl ein tertius non dominus, als der dominus selbst sein. Der tertius gehört aber nicht hieher, denn der kann nicht actione negatoria klagen *); sein Prozeß mit dem Quasi-Besitzer über das Recht auf Cajum ist eben derselbe, wie über körperliche Dinge. Es tritt das possessorium summarium, dann das ordinarium, und endlich das petitorium ein. In diesem petitorio wird aber nicht geleugnet, daß der Gegner das Recht auf Cajum nicht habe, sondern der Kläger muß behaupten, daß er es selbst habe, und muß dies beweisen.

Also nur der dominus gehört hieher, und ist der eigentliche Streitfall der:

*) Zwischen dem Quasi-Possessor und dem tertio non domino können weder konfessorische und affirmative, noch negatorische und negative Klagen vorkommen, denn jene können nur gegen den dominum, und diese nur von dem domino angestellt werden.

daß der Quasi-Possessor in possessorio summario vel ordinario gegen den dominum im Besitze eines Rechts — vel juris personarum, vel juris ad rem, vel in re — auf ihn, den dominum selbst, geschützt worden, und nun der dominus in petitorio actione negatoria hervorgeht.

§. 3.

Die hiebei aufgeworfene Streitfrage ist die: wer beweisen solle? ein Theil läßt den Quasi-Possessor, als nunmehrigen Beklagten, der andere den dominum, als nunmehrigen Kläger, beweisen.

§. 4.

Ehe ich diese Streitfrage entscheide, muß ich von den beiderseitigen Beweissätzen etwas sagen.

Der eine läßt den klagenden dominum beweisen, daß dem Quasi-Possessor, dasjenige

Recht auf ihn, den dominum, nicht zustehe, in dessen Besitze derselbe geschützt worden.

Der andere läßt den Beklagten Quasi-Besitzer beweisen, daß ihm das Recht auf den dominum zustehe, in dessen Besitze er geschützt worden.

Beiderseitige Beweissätze sind aber nicht bestimmt genug aufgestellt, denn das Zustehen des Rechts wird hier nicht auf die Zeit beschränkt, von welcher allein nur die Rede ist, und auf welche es auch bloß ankommt.

Es kann hier nämlich bloß auf das derzeitige respective Zustehen und Nichtzustehen des Rechts zur Zeit des angestellten possessorii ankommen, und muß daher so gesagt werden, einerseits:

„der klagende dominus soll beweisen, und
„zwar dies, daß dem Quasi-Possessor das
„Recht, in dessen Besitze er geschützt worden,
„zur Zeit des von ihm angestellten posses-
„sorii nicht zugestanden habe“

andererseits aber so:

„der Beklagte Quasi-Possessor soll beweisen,
„und zwar dies, daß ihm das Recht zur
„Zeit des von ihm angestellten possessorii
„zugestanden habe“

Denn, so wie es darauf nicht ankommt, was für ein Recht dem Quasi-Possessor ehemals und vor seinem possessorio zugestanden, was er aber zur Zeit dieses possessorii nicht mehr gehabt hat, so kann solches hier auch nicht zur Sprache kommen; vielmehr ist es ein eigener neuer Streit, ob einerseits der Quasi-Possessor, nachdem er geschützt worden, sich de novo ein Recht erworben, als welches unter dem allgemeinen Ausdrucke:

„zustehen“

mit verstanden werden kann, oder ob andererseits der dominus nachher sich frei gemacht habe *), als welches unter dem allgemeinen Ausdruck:

*) Der dominus kann nämlich.
1. seinem geschützten Gegner die ihm durch den

„nicht zustehen."

mit verstanden werden kann.

Diesem zu Folge muß zur Verhütung aller Verwirrung das vorherige und das nachherige, mithin jetzigen ex nova causa, Zustehen ausdrücklich ausgeschlossen werden, und muß man speziell vom derzeitigen Zustehen nur reden.

Hoffentlich werden beide Rechtsgelehrte mit dieser Aufstellung des Streitfalls, und

Schutz in possessorio, erworbenen Befugnisse nachher abgekauft, präscribirt haben u. s. w.

2. kann er sich seitdem wieder in den Besitz seiner natürlichen Freiheit gesetzt haben. So gut sein Gegner gegen sein liquides dominium sich im Besitze eines Rechts auf dasselbe setzen konnte, um so mehr kann er auch gegen den bloßen Besitz dieses Rechts sich wieder in Besitz seiner Freiheit setzen, und kann und muß eben so gut und noch mehr, wie jener damals gegen ihn geschützt wurde, jetzt wiederum gegen denselben geschützt werden.

des resp: Beweissatzes zufrieden sein, und will ich also selbige, als die ihrige, in dem nachfolgenden zum Grunde legen.

§. 5.

Ich wende mich nun näher zu den Behauptungen der streitenden Theile. Hufeland a. a. O. hat

verbis „Nun ist die Meinung des obigen „Satzes, daß auch dann, wenn nach dem „possessorischen Prozeß, in dem Jemand ge„schützt worden, gegen diesen — vom do„mino — ein petitorischer, also die Ne„gatorienklage, angestellt würde, den„noch der Besitz ihn nicht von der Beweis„last befreie"

die Behauptung derer verfochten, welche den geschützten Quasi-Possessor beweisen lassen wollen, daß die Befugniß, in deren Besitz er geschützt worden, ihm zustehe, eigentlicher, zur Zeit des angestellten possessorii zugestanden habe.

So löblich aber die Absicht dieser Rechtsgelehrten ist, der natürlichen Freiheit den Vorzug zu gönnen, so viel Inconsequenz scheint mir jedoch hiebei einzutreten. Denn

a. es stehen ihnen geradezu die Grundsätze des processus possessorii wegen körperlicher Dinge, nach dessen Analogie doch hier verfahren werden soll, entgegen.

Der in summariissimo beim Besitze körperlicher Dinge Geschützte braucht nicht weiter zu beweisen, und bleibt in Ewigkeit geschützt, bis der Andere in ordinario bewiesen und gesiegt hat, und der in ordinario Geschützte braucht nicht weiter zu beweisen, und bleibt fortwährend geschützt, bis der Gegner in petitorio bewiesen und gesiegt hat.

Welch ein Widerspruch wäre es nun nicht, wenn bei analogen Dingen geradezu entgegengesetzt verfahren, und der bei Gerechtsamen in summario vel ordinario Geschütz-

te beweisen sollte, wiewohl er dies bei körperlichen Dingen nicht braucht.

b. Die Präsumtion der natürlichen Freiheit meiner Sache und meiner Person lag schon beim possessorio meines Gegners vor, ward sie aberkannt, und er geschützt, so kann diese Präsumtion nicht wieder zum zweitenmale vorkommen, und noch weniger zu der Wirkung, daß mein Gegner, der ungeachtet jener Präsumtion geschützt ward, nunmehr, nachdem er geschützt worden, den Gegenbeweis gegen jene Präsumtion führen sollte. Jener Präsumtion lagen ja derzeit keine faktische, als illiquid erst in separato auszumachende, Thatsachen zum Grunde sie, auf Gesetzen beruhend, mußte so gut im ersten als im fernern Prozeßverfahren beachtet werden. Ward sie nun nicht beachtet, ward sie nicht als altioris indaginis, sondern an sich selbst ihrem Werthe und Gehalte nach verworfen, so kann sie

zum zweiten Male nicht wieder beachtet, noch weniger aber gegen sie ein Beweis aufgelegt werden.

c. Es müssen also ganz bestimmt redende, klare Gesetze dies lehren, und zwar müssen sie lehren, nicht das, was ich hievon sage, sondern dies:

zwar habe auch der Quasi-Possessor das Interdictum uti possidetis gegen den dominum, aber dennoch müsse er, wenn er auch dem zufolge geschützt worden, bei der Negatorienklage des domini beweisen, daß ihm die Befugniß zustehe.

Dies finde ich aber durchaus nicht, und hierauf käme es wesentlich doch an.

Die von Hufeland a. a. O. S. 53. angeführte L. 5. pr. in fine D. si ususfructus petatur (7. 5.)

quod si forte, qui agit, dominus proprietatis non sit, quamvis fructuarius jus utendi non habet, vincet tamen ju-

re, quo possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant,

redet offenbar davon, wenn der Kläger nicht dominus ist; unsere Frage betrifft aber just das Verhältniß zum domino, nämlich: ob der Quasi-Possessor, ungeachtet er gegen den dominum geschützt worden, dennoch bei der Negatorien-Klage des domini beweisen solle?

Zwar führt nun auch Hufeland diese Lex nicht geradezu für sich an, sondern folgert nur S. 56. a contrario, daß gegen den dominum die bloße Vermuthung für den Besitz nichts helfe. So wie indessen dies argumentum a contrario ausführlich von Weber in seinen Beiträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, 2tes und 3tes Stück Nr. 16. S. 128 u. flg. bestritten worden ist, so bemerke ich hiebei noch dies: daß, wenn auch Hufelands Folgerung wirklich gegründet wäre, daraus sich jedoch nur dies ergebe, daß der Quasi-Possessor nicht gegen den dominum geschützt

werden dürfe, nicht aber dies, daß, wenn er demungeachtet geschützt wäre, er bei der hierauf folgenden negatorischen Klage beweisen müsse.

Ein anderes ist, zu sagen, „Jemand darf nicht geschützt werden“ und ein anderes wieder, zu sagen, „er muß beweisen wenn er auch geschützt ist.“ Ist er einmal geschützt, so darf man weiter keinen Beweis von ihm verlangen, sondern er bleibt geschützt, bis der Gegner ein anderes darthut.

Sollen daher Gesetze für diesen Satz angeführt werden, so müssen sie nicht bloß davon reden, daß der Quasi-Possessor gegen den dominum nicht geschützt werden dürfe und daß er gegen den dominum, re nondum vulnerata, beweisen solle, sondern davon, daß der Quasi-Possessor, wenn er gleich schon geschützt worden, also re jam vulnerata, dennoch bei der darauf vom domino angestellt werdenden Negatorien-Klage beweisen müsse.

§. 6.

Wollen also diese Rechtsgelehrten der natürlichen Freiheit den Vorzug gönnen, so können sie nicht lehren, daß der Quasi-Possessor gegen den dominum geschützt werden dürfe, hernach aber wieder beweisen solle, daß ihm das Recht zustehe, oder derzeit zugestanden habe, in dessen Besitz er geschützt worden, sondern sie müssen mit mir sagen, daß er überall nicht geschützt werden dürfe.

Wie ist es möglich, daß sie den Quasi-Possessor im Besitze schützen? Die natürliche Freiheit des Eigenthums ist ja nicht bloß zu präsumiren, sondern sie ist eine nothwendige Folge desselben, sie ist wesentlich damit verknüpft, wird mit bewiesen, wenn das Eigenthum bewiesen wird, liegt mit vor, wenn das Eigenthum vorliegt, und bedarf keines eigenen neuen Beweises, zumal nicht eines so schwachen Beweises, welcher bloß aus einer Präsumtion hergenommen würde.

Ist das Eigenthum bewiesen, so wird nicht präsumirt, sondern als Regel angenommen, daß es voll und rein sei. Die Beschränkung desselben durch ein Recht des Andern erscheint daher als Ausnahme, und muß bewiesen werden. Freilich entsteht daraus, daß Jemand ein Recht ausgeübt hat, eine Vermuthung, daß es ihm wohl zustehe, allein diese Vermuthung kann nur da Wirkungen hervorbringen, wo sie allein steht, oder mit einem schwächern Gegner, wie in Rücksicht auf einen tertium, non dominum, der nicht so viel für sich hat, kämpft, nicht aber da, wo sie mit einem stärkern Gegner, wie in Rücksicht auf den dominum, streitet.

Selbst Hufeland a. a. O. S. 52. sagt hierüber, und zwar sehr richtig:

„In dem hier zu untersuchenden Falle aber „ist ein Grund des Rechts selbst da, nämlich das Eigenthum ist gewiß, und also die „Folgen daraus sind zugleich mit bewiesen. „Man könnte sogar sagen, daß nur unei-

„gentlich eine Präsumtion für die natürliche „Freiheit behauptet werden könne. Das „Recht selbst ist wirklich bewiesen, dadurch, „daß das Eigenthum, der Grund desselben „außer Streit gesetzt ist.

Unbegreiflich ist es daher, daß diese Rechtsgelehrten demungeachtet den Quasi-Possessor überall nur schützen können. — Es beruhet dies aber auf die einmal von ihnen angenommene Meinung, daß der Quasi-Possessor gegen den dominum geschützt werden müsse; sie werden jedoch gewiß selbst einsehen, in welche Verlegenheiten sie hiedurch gerathen.

§. 7.

Völlig consequent mit ihren Grundsätzen handeln dagegen die Rechtslehrer, welche dem domino bei der Negatorienklage den Beweis, daß der Quasi-Possessor das Recht, in dessen Be-

sitze er geschützt worden, nicht habe, eigentlicher, der Zeit nicht gehabt habe *), auflegen.

Sie sagen: der Quasi-Besitzer bestreitet nicht das Eigenthum des domini an sich, auch nicht, daß dessen Freiheit eine Folge davon sei, der Quasi-Besitzer ist auch nicht im Besitze des Eigenthums, oder dessen Freiheit geschützt, sondern er maßt sich ein Recht auf das Eigenthum des Andern an, und ist im Besitze dieses Rechts geschützt. Ein Recht des Einen kann aber sehr gut neben dem Eigenthume des Andern bestehen. **)

*) Bloß von diesem Beweise ist hier die Rede. Des Beweises des Eigenthums bedarf es nicht, denn dies ist unbestritten — würde es bestritten, so müßte es freilich bewiesen werden. —

Des Beweises der Freiheit des Eigenthums bedarf es aber auch nicht, denn selbige folgt aus dem Eigenthume.

Ueberdem aber würde sowohl jener, als dieser Beweis nichts helfen, wie ich vorhin gezeigt habe.

**) Weber a. a. O. S. 128.

„Da dem Eigenthümer nicht sowohl die ganze „Sache und sein Eigenthumsrecht streitig

Hierin haben sie völlig Recht, denn so kann z. B. Nutznießung des Einen an einer gewissen Sache sehr gut neben dem Eigenthume des Andern bestehen.

Nun sagen sie aber weiter, die Lehre vom Besitze findet allenthalben, also auch bei Rechten selbst contra dominum, statt, und muß also auch hier der Besitz dieselben Vortheile gewähren, die der Besitz körperlicher Dinge verschafft. *)

„gemacht würde, als vielmehr der Beklagte
„nur für sich ein Recht behauptete, was mit
„dem Eigenthume des Klägers an sich gar wohl
„bestehen könne.

*) Weber drückt sich a. a. O. S. 129. hierüber so aus: „Die Gesetze haben von der allgemeinen Regel, daß in zweifelhaften Fällen nur für den „Besitzer entschieden werden solle, den Besitz „unkörperlicher Dinge keineswegs ausgenommen. Er muß also eben die Vortheile ge„währen, die der Besitz überhaupt mit sich „bringt.“

Ich bemerke und zwar besonders ad verba „keines weges ausgenommen“ hiegegen: Ich gebe es zu, daß das Römische Recht beim Besitze un-

Die Rechtsgelehrten, deren ich vorhin erwähnt habe, können, da sie den Satz „der Be-

körperlicher Dinge contra dominum keine spezielle Ausnahme mache. So wie aber, wenn davon die Rede ist, daß ein Satz keine Ausnahme von der Regel sei, es gewiß sein muß, daß die Regel ihn ergreife, so ist es eben dies, was ich bestreite. Die wahre Regel des Römischen Rechts ist vielmehr die, daß die Lehre vom Besitze nur bei körperlichen Dingen eintrete, und wird in zweifelhaften Fällen, vorzüglich wenn das dominium des einen nicht vorliegt, für den Besitzer gesprochen.

Diese, solchergestalt sich auf Besitz körperlicher Dinge beschränkende, Regel haben nun zwar die Römer auch auf Servituten — nicht auf alle Rechte — jedoch nur contra tertium, non dominum, nicht aber contra dominum, erstreckt. Wer also behauptet, daß diese Erstreckung auch den dominum ergreife, oder wer behauptet, daß die Lehre vom Besitze allenthalben, nicht bloß bei körperlichen, sondern auch bei unkörperlichen Dingen, und zwar nicht bloß contra tertium, sondern auch contra dominum eintrete, der muß dies beweisen.

Demnächst anlangend die Worte „in zweifelhaften Fällen" so muß ich darauf aufmerksam

sitz finde allenthalben, also auch bei Rechten, selbst contra dominum, statt" selbst auch annehmen, gegen die hieraus gezogene Folgerung „also muß der Besitz auch hier„ schlechthin gar nichts sagen.

machen, daß diese Zweifelhaftigkeit nicht in der Art bei Rechten contra dominum, als wie bei Rechten contra non dominum und bei körperlichen Sachen eintrete.

Bei körperlichen Sachen, wenn das Eigenthum nicht erhellet, ist es für beide streitende Theile zweifelhaft, wer Eigenthümer sei.

Eben so ist auch bei Rechten, wenn über Servituten auf das Gut eines Dritten Streit ist, und nicht erhellet, wem es zustehe, für beide Theile zweifelhaft, wer von ihnen wirklich dies Recht habe.

Bei Rechten contra dominum hingegen tritt nur in Rücksicht seines Gegners ein Zweifel ein, ob dieser wirklich das Recht auf seinem Gute habe oder nicht. In Rücksicht des domini hingegen kann kein Zweifel eintreten, ob er, der dominus, auch das volle dominium habe oder nicht. Das dominium ist in der Regel immer volles Eigenthum, und wer eine Beschränkung desselben behauptet, und ein oder das andre Stück von diesem dominio sich anmaßt, der muß es beweisen.

Mir hingegen wird die Richtigkeit der Folgerung nicht entgegenstehen, da ich den Satz bestreite. Indessen ist gegenwärtig nicht von ihrem Streite mit mir, sondern von dem mit ihren Gegnern die Rede, und läßt sich nicht leugnen, daß sie gegen selbige Recht haben.

§. 8.

Der Einwand, daß sie den Beweis einer Verneinung verlangen, steht ihnen nicht entgegen. Denn

1. ist es nicht unmöglich, eine Verneinung zu beweisen, wie die Erfahrung bei den, täglich geführt werdenden, Gegenbeweisen es zeigt, und
2. wird dieser Beweis nicht bloß, wie beim Gegenbeweise, freigelassen, sondern auch zuweilen, wie bei der condictione indebiti, und den Anstellungen des separati, ausdrücklich erfordert.

Eben so wenig steht ihnen die schon einmal abgesprochene natürliche Freiheit des Eigenthums entgegen, und endlich zeugen die von den andern Rechtslehrern angeführten Gesetze wider sie.

Vielmehr kommt ihnen, nicht aber ihren Gegnern, die Analogie *) des possessorischen

*) Mit dieser Analogie ist es aber doch auch nicht so ganz richtig:

a. bei körperlichen Dingen kommt zuerst der jüngste, demnächst der ältere Besitz und endlich das Eigenthum zur Sprache;

b. bei Rechten auf die Person oder Sachen des Cajus kommt gleichfalls zwischen Sempronius und Titius zuerst der jüngste, demnächst der ältere Besitz dieses Rechts, und endlich die Zuständigkeit des Rechts selbst, zur Sprache;

c. Ist aber zwischen Cajus und einem Andern über Rechte auf seine Person oder Sachen Streit, so kann der dominus, Cajus, wenn er in possessorio summario verliert, nicht so wie der ad a et b. in possessorio summario verlierende, das possessorium ordinarium anstellen, auch kann er in petitorio nicht, wie ad a et b, ein dominium oder die Zuständigkeit eines Rechts beweisen, sondern er muß sofort den Beweis

Prozesses bei körperlichen Sachen, nach welcher sie, so wie ihre Gegner, hier verfahren, zu statten.

§. 9.

Diesen Rechtsgelehrten muß man also — wenn man nämlich die Zulässigkeit des interdicti uti possidetis bei Rechten auch gegen den dominum anerkennt — beipflichten, und dürfte nur dies zu rügen sein, daß sie den Satz: der dominus solle beweisen, daß der Quasi-Possessor

übernehmen, der Andre habe das Recht nicht, in dessen Besitze er geschützt worden.

Diese Analogie ist also nicht ganz richtig intuitu domini, und so wie man dies eingestehen wird, so wird man auch sich davon überzeugen, wie hart man hier ad c mit dem domino verfahren; es kommen ihm nämlich die Wohlthaten des Prozesses bei a et b. nicht zu statten, er soll vielmehr, wenn sein Gegner wegen bloßer Ausübung eines Rechts gegen ihn im Besitze geschützt ist, sofort den Beweis übernehmen, der Gegner habe das Recht nicht, eigentlich, habe das Recht derzeit nicht gehabt, in dessen Besitze er geschützt worden.

das Recht nicht habe, eigentlicher derzeit nicht gehabt habe, in dessen Besitze er geschützt worden, gänzlich unerörtert lassen.

§. 10.

Es giebt hier nämlich zwei sehr wesentlich verschiedene Fälle.

Entweder 1. der Quasi-Possessor hat bei Anstellung seines possessorii die Erwerbungsart seines Rechts, in dessen Besitze er geschützt worden, angegeben, oder 2. er hat sie nicht angegeben.

Ad 1. Hat er sie angegeben, hat er z. B. gesagt, er habe sein Jagdrecht auf das Gut des Andern an einem gewissen Tage gekauft, so kann der dominus beweisen, daß dieser Kauf überall nicht geschlossen, oder daß er ungültig sei, oder daß er in der Folge wieder aufgehoben, u. s. w.

Ad 2. Hat er sie aber nicht angegeben, wie denn dies bei Anstellung des possessorii fast immer der Fall ist, so fordert die Beweisaufgabe, daß der geschützte Quasi-Possessor das Jagd-

Recht, in dessen Besitze er geschützt worden, nicht habe, eigentlicher, nicht gehabt habe, eine wahre Unmöglichkeit von dem domino. Denn das Recht des Quasi-Besitzers und dessen Erwerbungsart ist hier eben so, wie in possessorio summario bei körperlichen Dingen, wo man sich gewöhnlich bloß auf den Besitz bezieht, ganz in obscuro geblieben. Der dominus muß daher gleichfals im Finstern herumgreifen, und fände er auch Beweise, daß der Gegner sein Jagd-Recht auf diese oder jene Art nicht erworben, so würde ihm dies doch nichts helfen, denn es giebt ja noch Millionen andere Fälle, auf welche er es erlangt haben kann.

Könnte der dominus z. B. auch zeigen, der Andere habe das Recht ehemals zwar gehabt, es jedoch ihm, dem domino, wieder verkauft, erlassen, oder geschenkt, so kann doch der Gegner, der seitdem wieder gejagt hat, seitdem dies Recht zu jagen auf eine oder die andre Art wieder erhalten, und demnächst ausgeübt haben.

Ist er nun im Besitze dieses Rechts geschützt worden, so bleibt er gewiß in Ewigkeit geschützt, denn der dominus kann gegen die Millionen Möglichkelten, durch welche er es erlangt haben kann, füglich keinen Beweis führen. *)

*) Dem Beweise, daß etwas nicht da sei, muß, wenn der Beweis durch Urkunden, Zeugen, oder selbst durch einen, mit gutem Gewissen aus bestimmter Erinnerung abzulegenden, Eid geführt werden soll, ein specielles, näher bestimmtes Objekt, welches da sein solle, gegeben sein. Kein Gegenbeweis kann füglich darauf gerichtet werden, daß der Gegner überall nicht Recht habe. So kann ich nicht gut beweisen, daß ich von meinem Gegner nie und zu keiner Zeit meines Lebens 100 Rthlr. geliehen habe, weil Zeugen und Urkunden hierüber nicht sprechen können, ich aber, wenn ich dies beschwören wollte, dabei, was ich in jeder Stunde und Minute meines ganzen Lebens gethan, mich leicht irren könnte.

Eigentlich kann ich daher durch Zeugen, Urkunden und selbst durch den Eid nur dies beweisen, daß ich zu einer bestimmten, angegebenen Zeit nicht 100 Rthlr. von meinem Gegner geliehen, oder

§. 11.

Man muß also in diesem letztern Falle die zu führenden Beweise nicht nur näher bestimmen,

zu Folge der Skizze einer neuen Theorie der Klagen und deren Bestreitungen, Rostock, bei Stiller 1799. S. 56 und 57, daß ich zu einer bestimmten, angegebenen Zeit etwas anders gethan habe, als 100 Rthlr. von ihm zu leihen.

Gönner hat im 4ten Bande seines Handbuchs des deutschen gemeinen Prozesses S. 33 u. flg. den wohl unstreitig richtigen Satz, der eben gedachten Skizze, daß der Kläger in der Regel auch das nur sein seiner Behauptung erweisen müsse, in Rücksicht einiger Punkte, welche in der Skizze selbst schon S. 89 und 90 in der Note, verbis „Ausnahmen hiervon finden „aber beim dolo, metu, errore etc. statt. Denn „sind sie gleich sehr oft integrale Theile des „facti generalis selbst, so wird doch deren Ge„genwart gesetzlich nicht vermuthet, und daher „muß Beklagter selbige beweisen,“ als Ausnahmen aufgeführt worden, bestritten, und scheint es daher, daß Gönner, was die von ihm S. 33 angeführte, freie Einwilligung, die Entfernung alles Betrugs, der Gewalt und Furcht betrifft, diese Note, was hingegen die ebenda-

sondern auch nur solche Beweise auflegen, welche rechtlich statt haben, *) und daneben geführt werden können. **)

selbst von ihm angeführte geschehene Zahlung betrifft, den §. 35 der Skizze übersehen hat; auch ist ihm wahrscheinlich der erste Nachtrag zur Skizze. Rostock 1802, welcher S. 67 sich gleichfals hierüber verbreitet, noch nicht bekannt gewesen.

*) Rechtlich haben die Beweise des domini nicht statt, daß das Objekt quaest. sein Eigenthum sei, oder daß er sich vorher im ruhigen Besitze befunden habe u. s. w.

Nach der Natur der Sache treten aber die Beweise, daß der dominus ex post dies Recht abgekauft, oder sich wieder in Gegenbesitz gesetzt habe, hier nicht ein, weil sich diese Beweise auf novam causam beziehen, und nicht das derzeitige Recht des Quasi-Besitzers an sich bestreiten.

**) Der Beweis kann hier nicht geführt werden, daß dem Quasi-Besitzer das Recht derzeit nicht zugestanden, weil die Erwerbungsart jenes Rechts nicht angegeben, vielmehr in obscuro geblieben ist.

Rechtlich haben statt, und können geführt werden, die Beweise der Bestreitungen, welche gegen den Besitz als solchen gerichtet sind.

Diese Bestreitungen zerfallen nun aber in Leugnungen oder Gegenreden, und in Schutzreden, und da kann der dominus, was er in dem verlornen possessorio nicht beweisen konnte, nun jetzt noch darthun,

1. in Ansehung von Gegenreden, dies:
„daß der Gegner überall keine Besitzhandlungen, oder, weil sie vi, clam oder precario geschehen, keine rechtlichen Besitzhandlungen, vorgenommen"
2. in Ansehung von Schutzreden aber:
„daß der Gegner sich zwar derzeit in Besitz gesetzt, daß er ihn aber sofort wieder verdrängt habe, oder daß der Gegner nicht nachher, sondern vorher, ehe er gewonnen, erklärt, daß sein, zur Klage gebrachter, Besitz unrechtmäßig sei, oder er demselben entsagt, oder ihn verkauft habe, u. s. w.

§. 12.

Diesem zu Folge müssen nun, kurz ausgedrückt, diese Rechtsgelehrten überhaupt so sagen:

A. Hat der Quasi-Besitzer die Erwerbungsart nicht speciell angegeben, so darf der dominus seine, gegen den Besitz gerichteten, Bestreitungen beweisen und zwar

1. in Ansehung von Gegenreden dieß: „daß die Besitzhandlungen des Gegners nicht taugten“

2. in Ansehung von Schutzreden aber dies: „daß diese Schutzreden wirklich wahr seien“

B. Hat er sie hingegen speciell angegeben, so tritt nicht nur das eben ad A. Gesagte auch hier ein, nämlich: daß der dominus seine, den Besitz ergreifende, Bestreitungen beweisen könne, sondern er kann nun auch noch seine, das derzeitige *) Recht quaest.

*) Nur auf dies derzeitige Recht könnte die hier vom domino anzustellende Negatorienklage gerichtet sein, denn hätte der Quasi-Besitzer, nachdem er geschützt worden, oder finito possessorio dies sein Recht dem domino, z. B. verkauft, so könnte der dominus nicht mit der Negatorienklage hervorgehen, sondern er müßte ex hocce novo fundamento die actionem emti wider ihn anstellen.

selbst ergreifenden, Bestreitungen beweisen, und zwar

1. in Ansehung von Gegenreden, dies:
„daß der Gegner dies Recht derzeit nicht
„gehabt habe“

2. in Ansehung von Schutzreden aber dies:
„daß selbige wahr seien z. B. daß er dies
„Recht selbst dem Gegner derzeit schon ab-
„gekauft habe u. s. w.

Die Hauptsätze aus dem in diesem Nr. VIII. Gesagten sind kürzlich nun folgende, und zwar

1. ist der Streitfall der:
„man hat Jemand beim Besitze von Rechten auf das Eigenthum eines Andern, es sei an seinen Sachen oder an seiner Person, gegen diesen Eigenthümer selbst, mithin, man hat Jemand beim Besitze von Rechten gegen den, welchen ich dominum nenne, in possessorio summario vel ordinario, geschützt, und der dominus tritt dagegen in petitorio mit der actione negatoria hervor;

2. ist die Streitfrage bei dieser nun vom domino angestellten actione negatoria die:

„ob der Quasi-Possessor, welcher gewonnen hat, beweisen solle, daß ihm das Recht, in dessen Besitze er geschützt worden, derzeit zugestanden habe?“ oder:

„ob der dominus, welcher verloren hat, beweisen solle, daß der Quasi-Possessor das Recht derzeit nicht gehabt habe?“

3. Die Rechtslehrer, die das erste vertheidigen, handeln zwiefach inkonsequent, erstlich: daß sie gegen ihren Grundsatz der natürlichen Freiheit den Quasi-Possessor überall in possessione schützen, und zweitens: daß sie gegen die von ihnen angenommene Analogie des possessorischen Prozesses bei körperlichen Dingen, von dem geschützten Quasi-Possessor in petitorio seines Gegners einen Beweis verlangen.

4. Dagegen handeln nach ihren Grundsätzen die andern Rechtslehrer völlig konsequent; nur ist zu bemerken, daß sie den Satz „der dominus solle beweisen“ nach dem wesentlichen Unterschiede: ob der Quasi-Possessor die Erwerbungs-Art seiner Besitzer angegeben oder nicht, gänzlich unerörtert lassen.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Sibeth, Friedrich Wilhelm,

Versuche ueber den Quasi-Besitz

Halle 1806

J.rom.m. 512
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567209-1